

Civile Ord. Sez. U Num. 22712 Anno 2019

Presidente: SCHIRO' STEFANO

Relatore: SCARANO LUIGI ALESSANDRO

Data pubblicazione: 11/09/2019

ORDINANZA

sul ricorso 3887-2018 proposto da:

FUKSAS MASSIMILIANO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA
APPIA NUOVA 154, presso lo studio dell'avvocato ANTONIO COSTA,
che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALFONSINA DE
ROSA;

- ricorrente -

94
/19

DI STEFANO STEFANO MARIA, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA DI SPAGNA 15, presso lo studio dell'avvocato ANDREA ZOPPINI, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato VINCENZO DI VILIO;

MANCINI RICCARDO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA EMILIA 88, presso lo studio dell'avvocato STEFANO VINTI, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati CORINNA FEDELI e LUCA MASSATANI;

SERGIO ROBERTO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BORGOGNONA 47, presso lo studio dell'avvocato CARLO MIRABILE, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato CLIZIA CALAMITI DI TRIA;

- ricorrenti successivi -

contro

PROCURATORE REGIONALE PRESSO LA SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PER LA REGIONE LAZIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

- controricorrente -

nonchè contro

BORGHINI PIERLUIGI, LAUSI LUIGI, CRISCUOLO FABRIZIO;

- intimati -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 75830/2017 della CORTE DEI CONTI - SEZIONE GIURISDIZIONE PER LA REGIONE LAZIO.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/02/2019 dal Consigliere LUIGI ALESSANDRO SCARANO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale RITA SANLORENZO, il quale chiede accogliersi i ricorsi per regolamento di

giurisdizione ex art. 41 c.p.c. e dichiararsi il difetto di giurisdizione del Giudice contabile, sussistendo la giurisdizione del Giudice ordinario.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato in data 10/11/2017 la Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio ha citato i sigg.ri Massimiliano Fuksas, Roberto Sergio, Pierluigi Borghini, Riccardo Mancini, Luigi Lausi, Stefano Maria Di Stefano e Fabrizio Criscuolo -nella rispettiva qualità di architetto libero professionista (il primo) e ex Presidente o amministratore delegato o consigliere della società Eur s.p.a. (gli altri)- avanti alla Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio per ivi sentirli condannare, a titolo di colpa grave, al pagamento di somme a titolo di risarcimento del danno in favore della <<società pubblica Eur s.p.a.>>, o <<in subordine allo Stato - Ministero dell'economia>> per la <<condotta illecita consistente nell'affidamento illecito di prestazioni di "direzione artistica" già ricomprese in precedenti e concomitanti incarichi affidati al Fuksas>> e <<disciplinate da quattro convenzioni>> (<<la prima in data 4 agosto 2006, avente ad oggetto "Convenzione per la Progettazione esecutiva, il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione e per la Direzione Artistica"; la seconda sottoscritta in data 8 maggio 2008 e concernente esclusivamente l'attività di Direzione Artistica, a cui fanno seguito una prima integrazione del 20 settembre 2010 e la seconda ed ultima integrazione dell'11 dicembre 2012>>), invero <<del tutto ingiustificata>> in relazione alla realizzazione <<del Nuovo Centro Congressi (NCC) nel quartiere Eur di Roma (... noto come c.d. "Nuvola di Fuksas"), e comportante <<danno alle pubbliche finanze>>.

Il Fuksas, il Mancini e il Di Stefano propongono ora separati ricorsi per regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

Il Sergio ha presentato controricorso adesivo.

Resiste con separati controricorsi la Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio.

Il P.G. presso la Corte Suprema di Cassazione ha, con requisitoria scritta del 9/10/2018, chiesto che venga dichiarata la giurisdizione del giudice contabile; e, con requisitoria scritta del 29/10/2018, chiesto che in accoglimento dei ricorsi venga dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il 1°, il 2°, il 3° e il 4° motivo il ricorrente Fuksas denuncia <<difetto di giurisdizione della Corte dei Conti>> per violazione degli artt. 102, 103 Cost., 13 r.d. n. 1214/1934, 1 L. n. 20 del 1994, in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 2, c.p.c.

Si duole che nella specie gli si contesti dalla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio: a) <<di avere concorso a cagionare un danno erariale, per avere accettato la Direzione artistica, sebbene asseritamente inutile e superflua, e per avere omesso di definire in sede di progettazione esecutiva alcuni aspetti architettonici, rimessi alla successiva decisione del Direttore artistico e, dunque, a sé medesimo, facendo apparire così doverosa una attività inutile se la progettazione esecutiva fosse stata elaborata per come avrebbe dovuto esserlo>>; b) di <<avere concorso a cagionare il danno erariale per avere accettato un compenso incongruo e per avere concluso accordi negoziali con sovrapposizione di tempi e di attività>>.

Lamenta che, a tale stregua, gli viene invero contestato non già <<un pregiudizio derivante dallo svolgimento>> dell'incarico affidatogli bensì <<un danno scaturente dalla mera assunzione dell'incarico>>; <<non un danno per comportamento illegittimo tenuto nell'esercizio della "funzione", ma un danno derivante dalla assunzione in sé e per sé, per accordo contrattuale, della medesima "funzione">>.

Lamenta, ancora, che l'«addebito erariale ... si risolve nell'esercizio dinanzi alla magistratura contabile dell'azione di nullità» dei contratti in argomento «per difetto generico di causa ai fini della conseguente ripetizione del corrispettivo asseritamente percepito *sine titulo*», laddove l'«azione di nullità contrattuale» non rientra tra le azioni che l'art. 73 Codice di giustizia contabile (d.lgs. n. 174 del 2016) «abilita il pubblico ministero» ad esercitare «al fine di realizzare la tutela dei crediti erariali».

Si duole che venga «contestato al Progettista di avere omesso in fase di elaborazione della progettazione esecutiva di definire tutti i dettagli architettonici aventi rilevanza estetica e/o artistica, rimettendone la scelta definitiva alla direzione artistica e realizzando, pertanto, una progettazione viziata perché incompleta e lacunosa», sicché «il preteso danno erariale non viene prospettato come derivante dall'insieme delle due prestazioni di Progettista e di Direttore artistico, ma scaturente esclusivamente dall'attività di progettazione esecutiva svolta dal ricorrente», laddove la giurisprudenza di legittimità, con specifico riferimento alla Direzione lavori, ha ravvisato sussistere la giurisdizione della Corte dei Conti esclusivamente «allorché si cumulino nel medesimo soggetto i ruoli».

Lamenta l'erroneità «dell'assunto della Procura Regionale secondo il quale Eur s.p.a dovrebbe essere ascritta alla categoria delle società *in house*, possedendone i tre elementi costitutivi: a) la partecipazione totalitaria di enti pubblici, b) l'attività -prevalente oltre l'80% del fatturato- a favore o nell'interesse degli enti pubblici soci e, infine, c) il controllo analogo», in quanto «tali elementi costitutivi non sono contemplati dallo Statuto», sicché «la controparte pubblica sembra fare riferimento, al più, a circostanze di fatto, ma non a situazioni di diritto».

Si duole che la Procura Regionale erroneamente ravvisi la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti <<a prescindere dalla qualificazione in termini di società *in house* di Eur s.p.a, in virtù della sua natura di diritto singolare o di "società legale", non avendo origine negoziale ma essendo conseguenza della trasformazione legale dell'Ente Eur; detenendo un patrimonio di pregio qual è quello dell'ex Ente Eur; essendo Eur s.p.a. pacificamente ritenuta *organismo di diritto pubblico*; affermando lo stesso Statuto societario, sia pure incidentalmente, la soggezione degli amministratori alla giurisdizione della Corte dei Conti allorché considera causa di ineleggibilità o di decadenza l'intervento di una sentenza di condanna definitiva che accerti la commissione dolosa di danno erariale ed essendo, infine, la società sottoposta a controllo della Corte dei Conti sulla base del decreto del Presidente della Repubblica dell'11.3.1961>>.

Con unico motivo il ricorrente Mancini denuncia la <<carenza di giurisdizione della Corte dei Conti>>, in ragione della natura della società Eur s.p.a. e <<della tipologia di danno lamentato>>.

Lamenta che ex art. 12 d.lgs. n. 175 del 2016 la società Eur s.p.a. non ha i requisiti della <<società *in house* né del Ministero dell'Economia né di Roma Capitale>>, essendo il suo oggetto sociale di <<natura commerciale e non amministrativa>>, e mancando un <<controllo analogo delle Amministrazioni titolari di quote azionarie>>; neppure ha i requisiti di una <<società pubblica>> analoga alla Rai-Tv (non svolgendo <<alcun servizio pubblico>> e non ricevendo <<alcun contributo pubblico>>) o all'Enav (non svolgendo <<attività con oneri a carico dello Stato>> o un <<servizio pubblico essenziale>>) o all'Anas s.p.a., giacché pur essendo anch'essa di fonte legale <<differentemente da quest'ultima le modifiche statutarie possono a norma di statuto essere approvate dai soci in assemblea straordinaria e non necessitano di provvedimenti amministrativi; ... non ha poteri autoritativi e/o

publicistici sui propri beni; ... il personale ... è soggetto alle norme del codice civile e a contratti di diritto privato, non figurando come pubblico dipendente>>.

Si duole non essersi dalla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio considerato che <<gli unici elementi che sono stati ritenuti significativi ... per l'affermazione della sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti e che ricorrono anche nel caso di Eur s.p.a. sono a) la fonte legale della sua costituzione e b) la sottoposizione alle regole dell'evidenza pubblica>>, invero <<non sufficienti ad affermare la sussistenza della giurisdizione contabile, in luogo di quella del giudice ordinario>>, giacché <<quanto alla fonte legale dello Statuto, la stessa non è stata nella giurisprudenza ... ritenuta sufficiente ex se ai fini dell'affermazione della giurisdizione della Corte dei Conti, necessitando invece elementi ben più significativi sulla natura dell'attività e il finanziamento della stessa, non ricorrenti nella specie>>; quanto <<alla soggezione alle regole dell'evidenza pubblica>>, si è da tempo dalla giurisprudenza di legittimità affermato che "la qualificazione della società come organismo di diritto pubblico rileva solo sul piano della disciplina di derivazione comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica e non come indice giustificativo della giurisdizione contabile (Cass. sez. un. n. 3692 del 2012)" (Cass. Ordinanza 7293/2016)>>.

Lamenta che <<anche la tipologia di danno contestato dalla Procura erariale contribuisce ad escludere la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti>>, venendogli addebitato l'<<illecito affidamento degli incarichi di Direzione Artistica all'arch. Fuksas e la quantificazione degli onorari in favore del professionista>>, sicché appare al riguardo evidente <<che -anche se per ipotesi si ritenessero sussistenti i pregiudizi contestati- si

tratterebbe di danni arrecati al patrimonio di Eur s.p.a. e non certo ai soci>>, e cioè allo Stato o ad altro ente pubblico.

Lamenta, ancora, che nella specie non viene d'altro canto domandato il risarcimento del danno all'immagine riverberantesi sui soci, ma solo quello <<sopportato ... dal patrimonio societario, atteso che il finanziamento del contratto con l'arch. Fuksas è stato reperito unicamente dai fondi propri di Eur s.p.a. e non dai trasferimenti di Roma Capitale>>.

Con unico motivo il ricorrente Di Stefano denuncia il <<difetto di giurisdizione della Corte dei Conti>>.

Si duole non essersi dalla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio considerato che la società Eur s.p.a. non può <<essere qualificata come società *in house* ai sensi e per gli effetti dell'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016>>, in quanto <<come si evince chiaramente dallo Statuto ... tra le attività descritte nell'oggetto sociale, oltre alla gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di cui è titolare, Eur s.p.a. può svolgere "attività di gestione, valorizzazione ed alienazione di beni immobili di proprietà di soggetti terzi, sia pubblici che "privati" nonché "compiere tutte le operazioni commerciali, mobiliari, immobiliari e finanziarie ritenute utili inclusa l'assunzione di partecipazioni in altre società e/o enti>>; né <<alcuna previsione statutaria prescrive ... che l'attività debba essere svolta in via esclusiva prevalente nei confronti degli enti partecipanti>>; nemmeno sono <<previsti limiti nella circolazione delle azioni; anzi, all'art. 6 è previsto che possano essere create altre categorie di azioni da assegnare ai lavoratori>>, così come non sono previste <<forme di controllo in capo agli enti partecipanti>>.

Lamenta che con pronuncia n. 304 del 2016 la Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per il Lazio, relativamente alla società Eur s.p.a. ha invero già <<escluso la ricorrenza delle caratteristiche della

società *in house*>>, pur in presenza <<di una partecipazione totalitaria da parte dell'ente pubblico>>, non essendo d'altro canto <<revocabile in dubbio che quello di Eur s.p.a. sia un patrimonio distinto e separato da quello delle amministrazioni partecipanti>>.

Lamenta che <<il danno di cui discute la Procura Regionale coincide, in realtà, con le somme corrisposte da Eur s.p.a. all'arch. Fuksas a titolo di corrispettivo per l'attività di Direzione Artistica prestata nell'ambito della realizzazione del Nuovo Centro Congressi>>, e non già <<al patrimonio degli enti che detengono le proprie partecipazioni nella società>>.

Deduce che nessuno dei <<connotati>> caratterizzanti la <<società legale>> (e in particolare le società Anas s.p.a. e SCR Piemonte) essendo <<riscontrabile nel caso di Eur s.p.a.>>, la Procura Regionale è <<costretta a concentrarsi sul solo momento della costituzione *ex lege* della società>>, laddove tale profilo è invero <<insufficiente a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti>>.

Con controricorso adesivo il Sergio fa <<proprie le argomentazioni>> dei ricorrenti, dolendosi non essersi considerato che nella specie non ricorre alcuna delle ipotesi previste all'art. 12 d.lgs. n. 175 del 2016: né quella che <<la società sia da considerarsi *longa manus* dell'Ente pubblico (c.d. società *in house providing*)>>, né un <<c.d. danno indiretto (ossia la responsabilità in capo all'ente pubblico partecipante per aver trascurato i propri diritti di socio così pregiudicando il valore della partecipazione)>>.

Si duole non essersi considerato che la società Eur s.p.a. <<è una società di diritto privato ... operante nel mercato in regime di libera concorrenza>>, che svolge la propria attività <<in favore di sé stessa e non a favore dei singoli soci, i quali -pur trattandosi di amministrazioni pubbliche- non godono di poteri differenti o più ampi di quelli che ordinariamente spettano al socio di società per azioni>>.

come risulta d'altro canto <<comprovato dal fatto che la Società, proprio al pari di una qualunque azienda privata in crisi, si è vista costretta a presentare domanda di concordato ed è stata costretta, proprio per far fronte alla crisi che l'aveva coinvolta, a vendere alcuni degli immobili che rientravano nel proprio patrimonio>>.

Va pregiudizialmente affermata l'ammissibilità dei ricorsi del Mancini e del Di Stefano nonché del controricorso adesivo del Sergio, pur se non articolati in motivi specifici, dovendo darsi continuità al principio in base al quale, non essendo l'istanza di regolamento di giurisdizione un mezzo di impugnazione bensì soltanto uno strumento per risolvere in via preventiva ogni contrasto -reale o potenziale- sulla *potestas iudicandi* del giudice adito, ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione (così come d'altro canto per il ricorso con motivi attinenti alla giurisdizione ai sensi degli artt. 360, 1° co. n. 1, e 362 c.p.c.: v. Cass., Sez. Un., 20/3/2018, n. 6929; Cass., Sez. Un., 22/4/2013, n. 9690) non è necessaria la specifica indicazione delle norme violate, essendo sufficiente l'esposizione sommaria dei fatti di causa, in modo da consentire alla Corte Suprema di Cassazione di conoscere dall'atto, senza attingerli *aliunde*, gli elementi indispensabili per una precisa cognizione dell'origine e dell'oggetto della controversia e la deduzione, nella parte motiva, dei principi relativi al riparto di giurisdizione di cui si denunci l'erroneità (cfr. Cass., Sez. Un., 16/5/2013, n. 11826; Cass., Sez. Un., 18/5/2015, n. 10092; Cass., Sez. Un., 31/1/2008, n. 2276).

I motivi dei ricorsi e del controricorso adesivo sono fondati e vanno accolti nei termini di seguito indicati.

La vicenda attiene alla realizzazione del Nuovo Centro Congressi (NCC), noto come "Nuvola di Fuksas", nel quartiere Eur della città di Roma.

All'esito della declaratoria del 9/11/2005 di decadenza dell'aggiudicazione effettuata nel 2002 alla società Centro Congressi

Italia s.p.a., associazione temporanea d'impresе [con cui nel 2003 era stato stipulato un contratto di concessione trentennale, per la progettazione, la realizzazione e la gestione del NCC deliberata dal Comune di Roma già nel 1998, che d'intesa con l'allora Ente Autonomo Eur (poi ex d.lgs. n. 304 del 1999 trasformato nella società Eur s.p.a.) aveva indetto il relativo concorso], nel 2006 è stata dalla società Eur s.p.a. acquisito il progetto definitivo elaborato dall'arch. Massimiliano Fuksas per il già concessionario, e dal Comune di Roma è stata deliberata la realizzazione dell'opera con modalità diverse dalla concessione.

Con Convenzione dell'8/5/2006 e contratto stipulato in data 8/5/2008 la società Eur s.p.a. ha quindi affidato al Fuksas, in proprio e quale legale rappresentante della società Fuksas Associati s.r.l. nonché dell'ing. Massimo Majowiecky e della società di progettazione Al Engineering s.r.l. ("Gruppo di progettazione") la progettazione esecutiva, architettonica, strutturale, impiantistica e di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione e per l'intesa di massima con la Direzione artistica, verso il corrispettivo di euro 5.000.000,00.

Nel 2007 l'appalto per la costruzione dell'opera è stata aggiudicata alla Società Italiana per Condotte d'Acqua.

Con contratto del 15/6/2011, in attuazione della relativa previsione nella Convenzione del 2006, è stato al Fuksas conferito anche l'incarico di Direzione artistica.

Alle Convenzioni del 2006 e del 2008 hanno fatto seguito due integrazioni (nel 2010 e nel 2012), rispettivamente per opere complementari e per il prolungamento dell'attività di Direzione artistica, in ragione delle varianti nel frattempo intervenute.

Con atto notificato in data 10/11/2017 la Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio ha citato i sigg.ri Massimiliano Fuksas, Roberto Sergio, Pierluigi Borghini, Riccardo Mancini, Luigi Lausi, Stefano Maria Di Stefano e Fabrizio

Criscuolo -nella rispettiva qualità di architetto libero professionista (il primo) e ex presidenti o amministratori delegati o consiglieri della società Eur s.p.a. (gli altri)- a giudizio contabile.

La Procura Regionale della Corte dei Conti ritiene in particolare illecito il conferimento della Direzione Artistica, in quanto non contemplata da alcuna previsione normativa ad eccezione dell'art. 20 D.M. n. 22 del 1955 e ingiustificata <<nel contesto amministrativo-contrattuale specifico della realizzazione del Nuove Centro Congressi), trattandosi dell'affidamento <<all'esterno del soggetto pubblico>> di <<scelte di dettaglio (colori, dimensioni, finiture, ecc.) che sono normalmente di competenza dell'autore del progetto esecutivo, il quale ... invece di definire anche questi particolari in sede progettuale, ha rinviato le (proprie) scelte alla (soltanto formalmente) diversa sede della direzione artistica in corso d'opera -dunque, a sé medesimo- sebbene l'incarico originariamente ricevuto prevedesse la definizione di ogni dettaglio già in sede di progettazione esecutiva>>.

Deduce essersi a tale stregua realizzata un'illecita <<duplicazione di attività>>, con determinazione di ammontare a titolo di corrispettivo, <<a carico delle pubbliche finanze>> altresì incongruo.

La Procura Regionale della Corte dei Conti configura nella specie la responsabilità contabile, argomentando essenzialmente dal rilievo:

- che la società Eur s.p.a è soggetto pubblico appartenente alla categoria delle *società legali*, stante la sua istituzione per legge (d.lgs. n. 304 del 1999), e la trasformazione *ope legis* dall'ente pubblico Esposizione Universale di Roma;
- che il patrimonio è costituito da quello già appartenente all'Ente Autonomo Eur;
- che il capitale della società è interamente pubblico;

- che l'attività della società ha <<fortissimi connotati pubblicistici>>, sostanziandosi nella gestione e valorizzazione del complesso dei beni di cui è titolare nell'interesse pubblico;
- che il NCC è realizzato con cofinanziamenti pubblici, in aggiunta alle risorse proprie della società;
- che ex art. 3, comma 1 lett. d, Codice dei contratti alla società si applica la normativa in materia di evidenza pubblica;
- che lo Statuto della società prevede, sia pure incidentalmente ed indirettamente, la soggezione degli amministratori alla giurisdizione della Corte dei Conti, allorché considera causa di ineleggibilità o di decadenza l'intervento di una sentenza di condanna definitiva per commissione dolosa di danno erariale;
- che la società è sottoposta al controllo della Corte dei Conti ex d.p.r. 11/3/1961, la quale ai sensi dell'art. 7 L. n. 259 del 1958 riferisce al Parlamento sul risultato del controllo eseguito;
- che, pur non essendo contemplata nell'elenco delle Amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato predisposto dall'Istat e individuate ai sensi dell'art.1, comma 3, L. n. 196 del 2009, la società è comunque tenuta al contenimento della spesa pubblica (c.d. *spending review*), come osservato nella deliberazione n. 99 del 17/11/2014 della Corte dei Conti – Sez. controllo Enti;
- che <<proprio tutti questi elementi ... sono stati sempre ritenuti dirimenti dalla Suprema Corte di Cassazione ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte di Conti, trattandosi di altrettanti indici della natura sostanzialmente pubblica del soggetto>>, con riferimento alle *società legali* (in particolare, la Rai-Tv, l'Enav, l'Anas, la Centrale di committenza regionale SCR Piemonte);
- della possibilità, all'esito dell'entrata in vigore dell'art. 12 d.lgs. n. 175 del 2016 (T.U. delle società a partecipazione pubblica),

di considerare la società Eur s.p.a. quale società *in house*, <<possedendo i tre elementi costitutivi delle stesse>>: la <<partecipazione totalitaria di enti pubblici (90% Ministero dell'economia, 10% Comune di Roma>>; l'<<attività prevalente (oltre l'80% del fatturato, come oggi richiesto dall'art. 16, co. 3, del T.U.) a favore o nell'interesse degli enti pubblici soci o comunque nell'esercizio di compiti da questi affidati (... rilevanza pienamente pubblicistica delle attività, affidate direttamente dalla legge)>>; il <<controllo analogo ... a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata>>;

- della <<condotta illecita consistente nell'affidamento illecito di prestazioni di "direzione artistica" già ricomprese in precedenti e concomitanti incarichi affidati al Fuksas>>, invero riconducibili <<ad una forma di consulenza attribuita in fase di realizzazione dei lavori, per lo sviluppo completo dell'opera o parte di essa, con riferimento ad aspetti artistici od estetici ... del tutto ingiustificata nella realizzazione del Nuovo Centro Congressi>>, nonché <<connotata da evidenti sovrapposizioni con la progettazione esecutiva e la direzione lavori>> e <assenza di congruità del corrispettivo>>.

Orbene, l'assunto della Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio, fondato sui suindicati argomenti, non è condivisibile.

Va anzitutto osservato che -come dalla Procura Regionale della Corte dei Conti indicato nell'atto di citazione in giudizio- l'Ente Eur (Ente pubblico Autonomo "Esposizione Universale di Roma"), istituito con L. n. 2174 del 1936, è stato ex art. 11 L. n. 59 del 1997 e d.lgs. n. 304 del 1999 trasformato nella società Eur s.p.a., società di sviluppo immobiliare con capitale sociale costituito dal patrimonio dell'ex ente pubblico (art. 3, comma 1), le cui corrispondenti azioni

sono ripartite tra il Ministero dell'Economia (90%) e il Comune di Roma -poi Roma Capitale- (10%).

L'oggetto sociale principale della società Eur s.p.a. è costituito dalla gestione e valorizzazione del complesso di beni nella sua titolarità, con possibilità di compiere tutte le operazioni mobiliari e immobiliari utili e/o opportune, nonché di assumere partecipazioni in altre società e/o enti costituiti o da costituire (art. 4 Statuto).

Deve per altro verso sottolinearsi che -come queste Sezioni Unite hanno già avuto più volte modo di affermare- la società a partecipazione pubblica ha autonoma soggettività, con autonomia giuridica e patrimoniale rispetto al socio pubblico, non perdendo la propria natura di ente privato per il solo fatto che il capitale sia alimentato (anche) da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, e conservando natura privata con organizzazione secondo il tipo societario di stampo civilistico, pubblico essendo soltanto il soggetto che partecipa ad esse, sicché non è configurabile un *rapporto di servizio* tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione idoneo a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti (v. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978; Cass., Sez. Un., 15/5/2017, n. 11983; Cass., Sez. Un., 22/1/2015, n. 1159; Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806).

Si è in tema di società a partecipazione pubblica da tempo posto in rilievo che (essendo stato l'art. 2450 c.c. abrogato dall'art. 3, comma 1, D.L. n. 10 del 2007, conv., con modif., nella L. n. 46 del 2007) il codice civile dedica alla società per azioni a partecipazione pubblica solo le disposizioni di cui all'art. 2449 (come sostituito dall'art. 13 L. n. 34 del 2008, a seguito della pronuncia Corte Giust., 6/12/2007, C- 463/04) disciplinanti la nomina e la revoca degli organi sociali specificamente ivi contemplati.

Disposizioni pertanto inidonee a configurare uno statuto speciale per dette società, non concernendo in particolare la

responsabilità di detti organi, che resta pertanto disciplinata dalle ordinarie norme previste dal codice civile, come risulta confermato dalla immutata indicazione del 2° comma dell'art. 2449 c.c., a tenore del quale anche i componenti degli organi amministrativi e di controllo di nomina pubblica <<hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea>> (così Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806).

Si è al riguardo ulteriormente sottolineato che la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta; e che dall'identità dei diritti e degli obblighi facenti capo ai componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, pur quando direttamente designati dal socio pubblico, logicamente discende la responsabilità di detti organi nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, nei medesimi termini -contemplati dagli artt. 2392 ss. c.c.- in cui tali diverse possibili proiezioni della responsabilità sono configurabili per gli amministratori e per gli organi di controllo di qualsivoglia altra società privata (v. Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806).

Si è distinto tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società (artt. 2393 ss. c.c. per le s.p.a. e art. 2476 c.c. per le s.r.l.) e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o terzi (art. 2395 c.c. per le s.p.a. e art. 2476 c.c. per le s.r.l.), precisandosi che 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 la giurisdizione spetta al giudice ordinario, laddove la giurisdizione della Corte dei Conti rappresenta un'eccezione, ravvisabile in due fattispecie e sulla base di ragioni specifiche (v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

In ipotesi di danno al patrimonio della società da *mala gestio* da parte degli amministratori (o componente di un organo di controllo) e dei dipendenti, non essendo -come detto- sussistente alcun rapporto di servizio dei medesimi con l'ente pubblico partecipante non è conseguentemente configurabile un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio, non consentendo la distinzione tra la società di capitali e i singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente, che è e resta privato (v. Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806).

A tale stregua, dei danni *diretti*, prodotti cioè *immediatamente* nella sfera giuridico-patrimoniale del socio, e non consistenti nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi, laddove di quelli *sociali*, solo alla società compete il risarcimento, per il socio il ristoro essendo destinato a realizzarsi unicamente in termini indiretti, alla stessa stregua del modo in cui si è nei suoi confronti prodotto pregiudizio.

Ne consegue che il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, il quale nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei Conti, non implicando alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci -pubblici o privati-, i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale (v. Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806).

Si è al riguardo in particolare precisato che la controversia riguardante l'azione di responsabilità a carico degli amministratori e dei dipendenti (o dei terzi che hanno concorso con loro nel cagionare il danno) di una società per azioni a partecipazione pubblica [maggioritaria o come nella specie totalitaria (in capo a più enti)], per il danno patrimoniale subito dalla compagine sociale a causa delle condotte illecite di tali soggetti, è assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario, e non già del giudice contabile (v., con riferimento alla società Poste Italiane S.p.A., Cass., Sez. Un., 9/3/2012, n. 3692; con riferimento alla società Alitalia s.p.a., Cass., Sez. Un., 13/11/2015, n. 23306; con riferimento a società di diritto privato interamente partecipata da Comuni, Cass., Sez. Un., 27/10/2016, n. 21692; con riferimento alla società Ferrovie dello Stato s.p.a., Cass., Sez. Un., 22/1/2015, n. 1159; con riferimento a società a partecipazione pubblica facente parte del Gruppo Ferrovie dello Stato, Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978), atteso che l'autonoma personalità giuridica della società porta ad escludere l'esistenza di un rapporto di servizio tra amministratori, sindaci e dipendenti e P.A., e per altro verso il danno cagionato dalla *mala gestio* incide in via diretta solo sul patrimonio della società, che resta privato e separato da quello dei soci (v. Cass., Sez. Un., 3/05/2013, n. 10299; Cass., Sez. Un., 5/7/2011, n. 14655).

Le suindicate *ipotesi eccezionali* in cui è configurabile la giurisdizione della Corte dei Conti ricorrono invero allorquando l'azione di danno sia esercitata per far valere la responsabilità dell'amministratore (o del componente di organi di controllo o dei dipendenti) della società partecipata dall'ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illecita non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì *direttamente*: in caso cioè di società c.d. *in house* (art. 12 d.lgs. n. 175 del 2016) e di c.d. *società legali*.

Quanto alle società c.d. *in house* (v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 21/6/2019, n. 16741; Cass., Sez. Un., 13/9/2018, n. 22409; Cass., Sez. Un., 13/4/2016, n. 7293), la relativa configurazione alla stregua di articolazioni interne alla P.A. giustifica che l'attività dell'ente e dei suoi organi (i quali sono assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla P.A. e non possono essere considerati -a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica- come investiti di un mero *munus* privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società) non sia riconducibile ad un soggetto privato dotato di una autonoma soggettività ma resti sostanzialmente imputata alla P.A. medesima.

Essendo preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa P.A., è da ritenersi che gli amministratori e i dipendenti della società siano alla P.A. personalmente legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non diversamente da quanto accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico, sicché il *rapporto di servizio* con l'ente pubblico è immanente a siffatta formula organizzativa.

Ne consegue che il danno dai medesimi arrecato rileva come danno al patrimonio dell'ente pubblico, seppure formalmente separato dallo schermo societario, il che radica la giurisdizione della Corte dei conti sulla relativa azione di responsabilità (v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

Quanto alle *società legali*, lo speciale Statuto di talune società partecipate che svolgono attività amministrativa in forma privatistica consente di qualificarle come sostanziali enti pubblici, e giustifica pertanto la giurisdizione della Corte dei Conti.

L'affermazione, ricorrente nelle pronunce relative alla società Rai s.p.a. (v. Cass., Sez. Un., 9/5/2011, n. 10063; Cass., Sez. Un., 22/12/2009, n. 27092), Enav s.p.a. (v. Cass., Sez. Un., 3/3/2010,

n. 5032), Anas s.p.a. (v. Cass., Sez. Un., 9/7/2014 n. 15594), SCR Piemonte s.p.a. (v. Cass., Sez. Un., 5/12/2016, n. 24737) e società Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. (v. Cass., Sez. Un., 15/5/2017, n. 11983) poggia su plurimi e specifici indici (quali la designazione della società come concessionaria *ex lege*, la sottoposizione a penetranti poteri di vigilanza ad opera dell'apparato statale, la previsione di un canone con natura d'imposta per i servizi erogati all'utenza) dai quali si inferisce la peculiare natura dell'ente e la necessità di applicare un regime *sui generis* (v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

In tali ipotesi si è in presenza di un cosiddetto danno *erariale*, in quanto il danno è provocato al patrimonio dell'ente pubblico.

Del pari deve dirsi in caso di danno all'*immagine* della P.A. (v. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978; Cass., Sez. Un., 12/12/2013, n. 27733, Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806) derivante da atti illegittimi posti in essere dagli organi e dai dipendenti della società partecipata, che può eventualmente prodursi immediatamente in capo a detto ente pubblico per il fatto stesso di essere partecipe di una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati, e che non s'identifica con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale (v. Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806; Cass., Sez. Un., 20/6/2007, n. 14297).

Quest'ultima ipotesi ricorre nel caso in cui l'azione del procuratore contabile sia proposta nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì) 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, così pregiudicando il valore della partecipazione (v. Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806; Cass., Sez. Un., 20/6/2007, n. 14297. E, da ultimo, Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

Orbene, a parte il rilievo che anche il rapporto di tipo concessorio in forza di un accordo di programma con lo Stato non muta il quadro giuridico ai fini dell'individuazione della giurisdizione per i danni arrecati al patrimonio societario, non risultando in tal caso trasferiti poteri autoritativi secondo lo schema della *delegazione di funzione* all'ente privato, il quale non è destinatario di alcuna delega di funzioni amministrative e agisce non già tramite l'esercizio di poteri e funzioni di stampo amministrativo bensì in esplicazione della propria libertà di iniziativa economica privata che quand'anche orientata all'interesse generale non rimane per ciò stesso attratta nel dominio pubblicistico (cfr. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978), va sottolineato che la società Eur s.p.a. svolge invero attività di tipo *commerciale*, e non già amministrativa.

La scelta di attribuirle, in base a Convenzioni e contratti di diritto privato, la gestione e la valorizzazione del complesso di beni nella sua titolarità, con possibilità di compiere tutte le operazioni mobiliari e immobiliari utili e/o opportune, nonché di assumere partecipazioni in altre società e/o enti costituiti o da costituire (art. 4 Statuto) risponde invero precipuamente alla finalità di assicurare, attraverso l'esternalizzazione, un'efficiente gestione per aumentarne le potenzialità produttive e incrementare il tasso di soddisfacimento della collettività (cfr. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

L'attività d'impresa non è d'altro canto incompatibile con il perseguimento di interessi generali (cfr. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

Lo strumento delle società è infatti utilizzato anche nel settore dei comuni rapporti della vita di relazione per il conseguimento di scopi non lucrativi, come emerge evidente dalla considerazione della disciplina dell'impresa mutualistica (art. 2511 ss. c.c.), e dell'impresa sociale [d.lgs. n. 155 del 2006, la cui disciplina è quindi

confluita nel d.lgs. n. 112 del 2017: v. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

La compartecipazione di soggetti privati alla realizzazione di scopi pubblici non è dunque elemento sufficiente a tramutare la forma e la natura dell'ente, e, conseguentemente, a radicare la giurisdizione contabile, che può investire i soggetti legati alla P.A. da un *rapporto di servizio*, configurabile con i soggetti chiamati a controllare e vigilare l'uso del danaro pubblico impiegato dai soggetti privati di cui l'amministrazione si avvale, ma non direttamente con questi ultimi, in specie con società di diritto privato, e tantomeno con i dirigenti o i dipendenti di esse (v. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

Deve d'altro canto sottolinearsi come la qualificazione in termini di attività *commerciale* e non già *amministrativa* dell'attività esplicata esclude che la società Eur s.p.a possa qualificarsi come *società legale*.

L'esplicazione di un'attività *non* di *pubblico servizio* e la mancanza di un *rapporto di servizio* (configurabile con i soggetti chiamati a controllare e vigilare l'uso del danaro pubblico impiegato dai soggetti privati di cui l'amministrazione si avvale, ma non direttamente con questi ultimi, in specie con società di diritto privato, e tantomeno con i dirigenti o i dipendenti di esse: v. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978) nonché la mancanza del requisito del c.d. *controllo analogo* escludono per altro verso che essa possa qualificarsi come società *in house*.

Con particolare riferimento al Fuksas, va ulteriormente osservato che al medesimo risulta dalla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio contestato di aver cagionato un danno erariale per avere: a) ricevuto un incarico illecito in quanto non necessario e non attuale; b) omesso in fase di progettazione esecutiva di completare i dettagli estetici dell'opera, rinviando le relative scelte alla Direzione Artistica, facendo apparire la sussistenza di una carenza progettuale richiedente un intervento

ulteriore ed esterno; c) ricevuto compensi che non avrebbe dovuto ricevere se i contratti con la Committenza non avessero sovrapposto attività e tempi di svolgimento dell'incarico; d) ricevuto un compenso incongruo.

Orbene, alla stregua di siffatte contestazioni non può invero ritenersi nella specie in alcun modo configurabile la possibilità che il medesimo abbia arrecato un danno *erariale* idoneo a radicare la giurisdizione del giudice contabile.

Come queste Sezioni Unite hanno già avuto modo di porre in rilievo, la valutazione in ordine all'utilità o superfluità di un incarico e la congruenza o meno del relativo onere economico non possono invero ascriversi al soggetto privato che come nella specie si sia limitato ad accettare una proposta contrattuale, la cui eventuale responsabilità da inadempimento (in particolare in relazione all'attività quale <<Progettista>>, oggetto di contestazione da parte della Procura contabile) deve essere invero conosciuta dal giudice ordinario alla stregua della disciplina civilistica, in quanto, diversamente, si verrebbe ad inammissibilmente riversare in capo al professionista l'obbligo, che non gli fa carico, di sindacare -in relazione a canoni di buona amministrazione- la congruità della proposta, addirittura <<anticipando il futuro giudizio del giudice contabile>> (cfr. Cass., Sez Un., 8/3/2016, n. 10324).

E' al riguardo appena il caso di osservare che quanto all'attività svolta quale <<Progettista>>, anche accedendo all'impostazione della Procura Regionale decisivo rilievo assumerebbe l'inconfigurabilità nella specie in capo al medesimo di alcun rapporto di servizio con la P.A., nonché di un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti (cfr. Cass., Sez. Un., 25/3/2013, n. 7374).

Argomento che va invero ribadito con riferimento agli altri odierni ricorrenti, atteso che oggetto di contestazione nei confronti

dei medesimi è di avere (nella qualità di ex Presidente o Amministratore delegato o Consigliere della società Eur s.p.a. rispettivamente rivestita) mantenuto una <<condotta illecita consistente nell'affidamento illecito di prestazioni di "direzione artistica" già ricomprese in precedenti e concomitanti incarichi affidati al Fukas>> e invero <<del tutto ingiustificata>> in relazione alla realizzazione del Nuovo Centro Congressi in argomento; e considerato che non risulta d'altro canto neppure prospettata un'azione di responsabilità fondata sull'aver compromesso 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., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978).

In accoglimento nei suesposti termini dei ricorsi e del controricorso adesivo, va pertanto dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti.

Sussistono giusti motivi, stante la particolarità e la complessità della fattispecie, per disporsi la compensazione tra le parti delle spese di regolamento.

Non è a farsi luogo a pronunzia in ordine alle spese di regolamento nei confronti della Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio, stante la relativa natura di parte meramente formale.

P.Q.M.

La Corte dichiara il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti.

Compensa le spese -

Roma, 12/2/2019





Il Presidente