

10231117



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Oggetto: Regolamento preventivo giurisdizione

Composta da

Azione contro il direttore dei lavori nominato dal contraente generale. Difetto di giurisdizione della Corte dei conti

Renato Rordorf	- Primo Presidente f.f.
Carlo Piccininni	- Presidente di Sezione R.G.N. 7841/2016
Giovanni Amoroso	- Presidente di Sezione Crn. 10231
Camilla Di Iasi	- Consigliere REP.
Renato Bernabai	- Consigliere -
Stefano Bielli	- Consigliere R.G. - CC - 22/11/2016
Giuseppe Bronzini	- Consigliere -
Biagio Virgilio	- Consigliere -
Ettore Cirillo	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 7481/2016 R.G. proposto dall'ing. MOLINARI Enrico Alfonso, nato a Roma il 24 giugno 1944, con domicilio eletto in Roma, via di Villa Sacchetti, n. 11, presso lo studio del professore avvocato Aristide Police, che lo rappresenta e difende giusta procura speciale a margine del ricorso

- ricorrente -

contro il

Procuratore Regionale rappresentante il Pubblico Ministero presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Lazio, domiciliato in Roma, via Baiamonti n. 25, presso la Corte dei conti

- controricorrente -

e nei confronti di

FL4
16

SIMONACCI Giovanni, BORTOLI Federico, TESTA Enrico, ASCARELLI Giovanni, STINELLIS Filippo, CRISTINI Franco, ROTUNDI Francesco Maria, ACCURSIO Mario, MANNELLA Guido, PISU Clemente

– intimati –

per regolamento preventivo di giurisdizione con riguardo al procedimento n. 74381 pendente davanti alla Sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei conti.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22 novembre 2016 dal consigliere dottor Stefano Bielli;

lette le conclusioni scritte del sostituto Procuratore generale dottor Giovanni Giacalone, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso e la dichiarazione del difetto della giurisdizione della Corte dei conti con ogni conseguenza di legge;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato Filippo Degni in sostituzione dell'Avvocato Aristide Police, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

FATTI DI CAUSA

1.– Con ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione notificato a mezzo posta il 24 marzo-12 maggio 2016 alla Procura regionale per il Lazio della Corte dei conti; nonché spedito per posta il 24 marzo a Giovanni SIMONACCI, Federico BORTOLI, Enrico TESTA, Giovanni ASCARELLI, Filippo STINELLIS, Franco CRISTINI, Francesco Maria ROTUNDI, Mario ACCURSIO, Guido MANNELLA, Clemente PISU, l'ing. Enrico Alfonso MOLINARI chiedeva a queste sezioni unite di dichiarare la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria a conoscere della causa instaurata davanti alla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti del Lazio dalla predetta Procura regionale con atto di citazione notificatogli l'«11 novembre 2015» e con il quale era stata invocata la sua responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale («€ 27.016.057,00»: pag. 3 del ricorso) e morale («€ 500.000,00»: pag. 3 del ricorso) provocato nella veste di direttore dei lavori nominato dal "contraente generale" s.c.p.a. Metro C per la realizzazione della linea C della Metropolitana di Roma («sforamenti di spesa, [...], manipolazioni contabili [...] sovrapposizioni di costi, in parte effettivi ed in parte putativi», secondo l'invito

a dedurre notificato dalla suddetta Procura regionale in data 8 luglio 2015, prima, cioè, dell'atto di citazione).

Il ricorrente esponeva, in punto di fatto, che: a) l'originario committente pubblico (Comune di Roma) aveva attribuito alla Roma Metropolitane (già s.r.l. SOM), quale soggetto aggiudicatore e stazione appaltante dei lavori per la realizzazione della linea C della Metropolitana di Roma, il compito di individuare il soggetto realizzatore dell'opera, mediante affidamento unitario a contraente generale (*general contractor*; in breve: «g.c.»), come tale dotato del potere (tra l'altro) di provvedere «alla esecuzione con ogni mezzo dei lavori ed alla loro direzione» (art. 9, comma 2, del d. lgs. n. 190 del 2002; in relazione anche con la legge n. 443 del 2001); b) il g.c. era stato individuato, con contratto del 12 ottobre 2006, nella s.c.p.a. Metro C, espressamente preposta (oltre che alla realizzazione dell'opera) alla direzione dei lavori; c) il suddetto contratto rinviava al capitolato speciale, il quale prevedeva che il direttore dei lavori sarebbe stato nominato dal g.c.; d) tale nomina si era realizzata tramite il contratto stipulato il 9 luglio 2006 tra il g.c. s.c.p.a. Metro C e la s.r.l. SO.GE. Marine ed avente ad oggetto l'affidamento a detta s.r.l. dello svolgimento dei compiti e delle attività inerenti all'ufficio di direzione dei lavori, con indicazione del dottor ingegnere Enrico Alfonso Molinari quale direttore dei lavori; e) l'attività di direttore era stata svolta in base ad un contratto privatistico di prestazione d'opera.

Su queste premesse il ricorrente proponeva regolamento preventivo di giurisdizione, deducendo, in punto di diritto, che: a) l'inesistenza di un effettivo rapporto di servizio, neppure temporaneo, tra il direttore dei lavori nominato attraverso il g.c. ed il committente pubblico impediva di radicare la giurisdizione della Corte dei conti prevista per la responsabilità per i danni erariali arrecati «da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni» (art. 13 del regio decreto n. 1214 del 1934) o «amministratori e dipendenti pubblici» (art. 1, comma 4, della legge n. 20 del 1994); b) il rapporto privatistico di prestazione d'opera di direttore dei lavori, senza rapporto diretto con l'aggiudicatore, comportava la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria in ordine alle controversie circa la responsabilità di tale

direttore per lo svolgimento della sua attività, a nulla rilevando il gradimento prestato dall'ente aggiudicatore alla persona del Molinari od il fatto che questi era tenuto ad esprimere un parere sulle riserve apposte dall'esecutore dell'opera sul registro di contabilità. Dichiarava un valore della causa superiore a € 520.000,00 e concludeva per la declaratoria del difetto della giurisdizione della Corte dei conti e l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, con le conseguenze di legge anche in ordine alle spese di lite.

2.- La Procura regionale per il Lazio della Corte dei conti resisteva con controricorso notificato al ricorrente il 21 giugno 2016, chiedendo il rigetto del ricorso e la dichiarazione della giurisdizione della Corte dei conti, con la vittoria delle spese di lite. A sostegno di tali conclusioni ha deduceva che: a) la previsione nel capitolato speciale di appalto di un gradimento espresso dalla stazione appaltante sul nome del direttore dei lavori designato dal *g.c.* e la possibilità per l'Ufficio di Alta Sorveglianza di Roma Metropolitane di richiedere al *g.c.* la sostituzione del suddetto direttore, nonché la clausola contenuta nell'art. 18 del contratto tra la Metro C e la s.r.l. SO.GE. Marine in forza della quale la revoca del gradimento del direttore da parte di Roma Metropolitane costituisce causa di recesso dal contratto evidenziavano la rilevanza pubblicistica del direttore dei lavori nominato dal *g.c.*; b) lo stesso *g.c.*, quale realizzatore globale dell'opera, aveva poteri pubblicistici (come, ad esempio, la prevista possibilità di espropriare e di sub affidare a terzi, anche totalmente, i lavori; il coordinamento con gli enti gestori dei servizi; la progettazione esecutiva dei lavori e la stessa direzione dei lavori) tali da inserirlo «funzionalmente e stabilmente» nell'organizzazione pubblica dei lavori gestiti la Roma Metropolitane; c) l'affidamento al *g.c.* della direzione dei lavori non modificava i compiti e la rilevanza pubblicistici previsti dal d.P.R. n. 554 del 1999 e dal d.lgs. n. 163 del 2006 per il direttore dei lavori nominato dall'amministrazione pubblica (ordini di servizio; istruzioni e contestazioni formali con addebiti all'appaltatore; predisposizione di perizie di variante; potere di sospendere i lavori ove possano arrecare pregiudizio all'ente committente; redazione di atti contabili aventi natura di atti pubblici; illeciti penalmente sanzionati con le norme applicabili ai pubblici ufficiali ai sensi

dell'art. 479 cod. pen.; qualifica di pubblico ufficiale; esercizio di poteri autoritativi nell'interesse oggettivo del buon andamento e dell'esecuzione a regola d'arte dei lavori, tali da porlo in posizione di terzietà e di "garanzia" nei confronti dell'appaltatore) con conseguente inserimento temporaneo di detto direttore nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione e sua soggezione – contrariamente a quanto ritenuto da Cass., Sezioni Unite n. 16240 del 2014 – alla giurisdizione contabile della Corte dei conti per i danni erariali provocati.

3.–Le altre parti intime non svolgevano alcuna attività difensiva.

4.– Il ricorso è stato avviato alla trattazione camerale ai sensi dell'art. 380- *ter* cod. proc. civ., sulla base delle conclusioni scritte del pubblico ministero, il quale, nel richiedere l'accoglimento del ricorso e la dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice contabile, ha osservato che: a) il direttore dei lavori nominato dal contraente generale in base alla normativa applicabile *ratione temporis* alla fattispecie di causa non è agente della pubblica amministrazione perché agisce, in virtù di un rapporto negoziale privatistico, per conto di chi lo ha designato ed esplica un compito rientrante nelle funzioni attribuite a detto contraente (Cass., Sezioni Unite n. 16240 del 2014); b) mancando, pertanto, un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione viene meno il presupposto della giurisdizione della Corte dei conti; c) solo con l'art. 194, comma 3, lettera b), del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha innovato rispetto alla precedente normativa, si è previsto che il direttore dei lavori ed i collaudatori vengano nominati dal soggetto aggiudicatore, anche nel caso di affidamento dell'opera ad un contraente generale.

5.– Con «memoria d'udienza» 14 novembre 2016, la Procura regionale per il Lazio della Corte dei conti ha ribadito la posizione esposta nel controricorso.

6.– All'odierna adunanza in camera di consiglio, il ricorrente ha chiesto l'accoglimento del ricorso ed il P.M. si è riportato alle conclusioni scritte.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.– Come riferito nella parte narrativa della presente ordinanza, il ricorrente per regolamento preventivo di giurisdizione deduce di non avere avuto, quale direttore dei lavori nominato dal contraente generale per la

realizzazione della linea C della Metropolitana di Roma, alcun effettivo rapporto di servizio con il committente pubblico Roma Metropolitane e pertanto – non avendo assunto la qualifica di pubblico funzionario o di dipendente pubblico e comunque non avendone esercitato le funzioni – chiede dichiararsi il difetto di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla causa per responsabilità per danno erariale intentata nei suoi confronti dalla Procura regionale per il Lazio della Corte dei conti con atto di citazione notificatogli l'«11 novembre 2015», per essere la cognizione di tale causa spettante all'autorità giudiziaria ordinaria.

2.– Il regolamento va deciso – in applicazione del principio espresso dalla giurisprudenza di queste sezioni unite con l'ordinanza n. 16240 del 2014 ed al quale si intende dare continuità – nel senso che, nella specie, non sussiste la giurisdizione della Corte dei conti.

2.1.– Va ricordato al riguardo – come già precisato da queste Sezioni Unite con la citata ordinanza e con quella n. 26942 del 2014 – che al contraente generale la stazione appaltante affida, globalmente, la «realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera» (art. 176 del codice dei contratti pubblici), nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dalla medesima stazione appaltante e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori. Il *g.c.*, assumendo tale complessiva obbligazione di risultato, svolge anche compiti che altrimenti graverebbero sulla stazione appaltante, esercitando vari poteri pubblicistici (come ad esempio: la possibilità di espropriare le aree di sedime e di sub affidare a terzi, anche totalmente, i lavori; il coordinamento con gli enti gestori dei servizi; la progettazione esecutiva dei lavori; il prefinanziamento in tutto o in parte dell'opera da realizzare), tali da inserirlo funzionalmente nell'apparato organizzativo dell'ente pubblico appaltante che glieli ha trasferiti e da costituirlo, nei limiti di tale esercizio di poteri, "agente dell'amministrazione". Ai fini del riparto di giurisdizione occorre perciò distinguere tra le due contrapposte posizioni che in concreto cumula il *g.c.* Ove si assuma che il danno derivi dalla violazione del suo "dovere" (in senso lato) pubblicistico afferente all'attività e alle funzioni svolte come "agente

dell'amministrazione pubblica", la cognizione dell'azione di responsabilità intentata dall'ente pubblico spetta alla giurisdizione della Corte dei conti, in ragione del temporaneo rapporto di servizio pubblico sorto per effetto dell'esercizio di quei poteri. Ove, invece, si assuma che il danno derivi dall'inadempimento delle obbligazioni poste a carico del *g.c.* come "controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica", così da squilibrare il sinallagma contrattuale (o, può qui aggiungersi, da un mero illecito extracontrattuale), la cognizione dell'azione di responsabilità o risarcitoria spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, in ragione del non venire in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici tale da far sorgere un temporaneo rapporto di servizio con l'ente pubblico.

2.2.- Siffatta impostazione va sostanzialmente seguita anche con riferimento alla responsabilità del direttore dei lavori per l'attività da lui svolta, ma con una precisazione (sottolineata dalla ricordata Cass., Sezioni Unite, n. 16240 del 2014).

Nel caso di nomina effettuata dalla stazione appaltante, il direttore dei lavori può ritenersi temporaneamente inserito nell'apparato dell'ente pubblico appaltante, quale organo tecnico e straordinario di esso, quando eserciti nei confronti dell'appaltatore i poteri autoritativi inerenti alle sue funzioni, prendendo la veste di "agente dell'amministrazione". Ove si assuma che il danno derivi dall'esercizio dell'incarico e di tali poteri, la cognizione della correlativa azione di responsabilità intentata per conto dell'amministrazione pubblica spetta alla giurisdizione della Corte dei conti, in ragione del suddetto temporaneo rapporto di servizio con l'ente pubblico, richiesto dagli artt. 13 del r.d. n. 1214 del 1934 e 1, comma 4, della l. n. 20 del 1994; e ciò - data l'impossibilità di scindere le giurisdizioni in presenza di un rapporto unitario - anche quando il direttore abbia cumulato anche l'incarico di progettista (incarico che, da solo, integrerebbe un rapporto esclusivamente privatistico).

Nel caso, invece, di nomina effettuata dal contraente generale (al quale la normativa riserva espressamente la funzione, nell'ambito della globale realizzazione dell'opera, anche della direzione dei lavori), il direttore dei lavori non «esplica alcun potere autoritativo nei confronti del medesimo contraente

generale» per il quale opera (Cass., Sezioni Unite, n. 16240 del 2014, citata) e non può (a differenza dell'altra ipotesi) ritenersi temporaneamente e funzionalmente inserito nell'apparato organizzativo dell'ente pubblico appaltante (soggetto aggiudicatore). Ove si assuma che il danno derivi dall'esercizio dell'incarico di direttore, la cognizione della correlativa azione di responsabilità intentata per conto dell'amministrazione pubblica spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, in ragione dell'inesistenza di un rapporto di servizio, ancorché temporaneo, con l'ente pubblico e dell'esistenza di un rapporto privatistico di prestazione d'opera intellettuale tra *g.c.* e direttore.

2.3.– Nella specie, il direttore dei lavori (ingegner Molinari) è stato nominato dal contraente generale s.c.p.a. Metro C a séguito di un contratto intervenuto con la s.r.l. SO.GE. Marine, al quale la stazione appaltante Roma Metropolitane (soggetto aggiudicatore) è rimasta estranea. Ne deriva che il direttore dei lavori, in questo caso, non può considerarsi inserito nell'apparato dell'ente pubblico ed il suo rapporto con il *g.c.* va qualificato di diritto privato, mentre solo il *g.c.* risponde nei confronti del soggetto aggiudicatore per la corretta e tempestiva esecuzione dell'opera (art. 9 del d.lgs. n. 190 del 2002, rispettivamente commi 6 e 4).

Il controricorrente oppone a tale conclusione sostanzialmente quattro argomenti: a) una clausola del capitolato speciale di appalto prevede il gradimento della stazione appaltante sul nome del direttore dei lavori designato dal *g.c.*; b) l'Ufficio di Alta Sorveglianza di Roma Metropolitane può richiedere al *g.c.* la sostituzione del suddetto direttore; c) la clausola contenuta nell'art. 18 del contratto tra il contraente generale s.c.p.a. Metro C e la s.r.l. SO.GE. Marine stabilisce che la revoca del gradimento del direttore da parte di Roma Metropolitane costituisce causa di recesso dal contratto stipulato tra tali parti; d) il direttore dei lavori esercita i suoi poteri autoritativi nei confronti del *g.c.* anche quando sia stato da questo nominato.

Nessuna di tali obiezioni è idonea a dimostrare la sussistenza di un rapporto di servizio tra l'ente pubblico ed il direttore dei lavori nominato dal contraente generale.

Non quella *sub a*), perché il gradimento postula che la nomina sia effettuata esclusivamente dal *g.c.*, attraverso i propri moduli organizzativi e sotto la sua responsabilità, e risponde solo al criterio di una minimale collaborazione tra soggetto aggiudicatore e *g.c.* per un non conflittuale adempimento degli obblighi a carico di quest'ultimo, secondo buona fede. Il gradimento, anzi, esclude l'inserimento del direttore nell'apparato organizzativo dell'ente appaltante.

Non quella *sub b*), perché l'Ufficio di Alta Sorveglianza di Roma Metropolitane non può autoritativamente e direttamente sostituire il direttore ma deve richiedere la sostituzione al *g.c.* con ciò ulteriormente dimostrando che il direttore non è inserito (neppure temporaneamente) nell'apparato organizzativo pubblico.

Non quella *sub c*), perché la revoca del gradimento del direttore da parte di Roma Metropolitane costituisce causa di recesso dal contratto privatistico stipulato tra il contraente generale s.c.p.a. Metro C e la s.r.l. SO.GE. Marine, rispetto al quale il soggetto aggiudicatore è terzo. La possibile influenza indiretta della revoca del gradimento sul predetto contratto con la s.r.l. risponde tutta a criteri privatistici che portano ad escludere l'inserimento del direttore nell'apparato organizzativo pubblico dell'ente appaltante.

Non quella *sub d*), perché il direttore nominato dal *g.c.* agisce, sia pure in condizioni di autonomia professionale, per conto di chi lo ha nominato, il quale è responsabile nei confronti del soggetto aggiudicatore dell'intera esecuzione dell'opera. I poteri autoritativi che il direttore avrebbe potuto esercitare nei confronti dell'appaltatore per conto dell'appaltante pubblico, ove fosse stato nominato da questo (vedi *supra*, punto 2.2.), e che costituiscono l'espressione di un controllo dell'amministrazione pubblica nei confronti del medesimo appaltatore perdono tale specifico significato (quantomeno ai fini del riparto di giurisdizione) allorché il direttore venga nominato dal *g.c.* ed agisca per conto di esso, secondo i poteri trasferitigli sempre dal *g.c.* (e non dal soggetto aggiudicatore) mediante un rapporto privatistico. In questo senso queste Sezioni Unite (nella citata ordinanza n. 16240 del 2014) hanno già chiaramente precisato che il direttore nominato dal contraente generale non è inserito

nell'apparato organizzativo pubblico dell'ente appaltante «né esplica alcun potere autoritativo nei confronti del medesimo contraente generale». Inoltre va rilevato, *ad abundantiam*, che, nell'atto di citazione notificato dalla Procura regionale della Corte dei conti, vengono addebitati al Molinari comportamenti che attengono, per quanto riportato negli atti, o alla commissione di illeciti extracontrattuali o a comportamenti non conformi agli obblighi inerenti all'attività propria del direttore dei lavori («sforamenti di spesa, [...], manipolazioni contabili [...] sovrapposizioni di costi, in parte effettivi ed in parte putativi»), ma che non risultano direttamente correlati all'esercizio di poteri autoritativi, pur rifluendo nell'esattezza dell'esecuzione dell'opera secondo il contratto di appalto ed il capitolato (della quale è responsabile, come visto, il contraente generale).

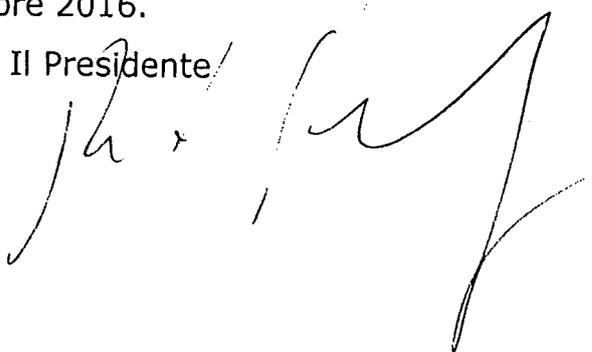
2.5.– In conclusione, come sostenuto dal ricorrente e dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione, non è possibile ravvisare nei confronti del direttore dei lavori nominato dal contraente generale una responsabilità ricadente nell'ambito della giurisdizione contabile.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a sezioni unite, dichiara che la Corte dei conti è priva di giurisdizione nei confronti del dottor ingegner Enrico Alfonso MOLINARI.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili, il 22 novembre 2016.

Il Presidente



IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi 26 APR 2017
IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

