

Cassazione civile sez. un. - 08/01/2024, n. 567

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE CIVILE

Composta da:

Dott. D'ASCOLA Pasquale - Presidente Aggiunto
Dott. MANNA Felice - Presidente di sezione
Dott. FRASCA Raffaele Gaetano - Presidente di sezione
Dott. LEONE Margherita Maria - Consigliere
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere-Rel.
Dott. CARRATO Aldo - Consigliere
Dott. DI PAOLANTONIO Annalisa - Consigliere
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere
Dott. FALABELLA Massimo - Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al NRG 11209 del 2023

promosso da:

PROCURATORE GENERALE RAPPRESENTANTE IL PUBBLICO
MINISTERO PRESSO LA CORTE DEI CONTI, con domicilio
presso l'Ufficio in Roma, via Baiamonti, n. 25;
- ricorrente -

contro

Di.Bi., rappresentato e difeso dagli Avvocati
Antonucci Vincenzo e Irmici Raffaele;
- controricorrente -

per la cassazione della sentenza della Corte dei
conti, Sezione Terza giurisdizionale centrale
d'appello, n. 95/2023, depositata il 9 febbraio 2023.

Udita la relazione della causa svolta nella camera
di consiglio del 5 dicembre 2023 dal Consigliere Giusti Alberto;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero,
in persona dell'Avvocato Generale Finocchi Gherzi
Renato, che ha chiesto dichiararsi, in accoglimento
del ricorso, la giurisdizione della Corte dei Conti.

FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza n. 625 del 2019, la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Puglia, in parziale accoglimento della domanda della Procura regionale, respinta, in via preliminare, l'eccezione di difetto di giurisdizione, ha condannato il signor Di.Bi., nella qualità, all'epoca dei fatti, di amministratore unico della Sanitaservice s.r.l., società unipersonale della ASL di Foggia, per il danno erariale cagionato a quest'ultima - pari ad euro

480.628,31 scaturito dall'illegittima autoliquidazione di compensi e dall'indebita approvazione di spese e prelievi non autorizzabili.

La Sezione giurisdizionale della Corte dei conti ha riconosciuto alla Sanitaservice s.r.l. la natura giuridica di società in house della ASL di Foggia.

In particolare, ha ritenuto sussistenti, nel caso di specie:

(a) il possesso totale del capitale sociale da parte della ASL;

(b) il requisito del controllo analogo da parte del socio unico;

(c) l'esclusività o la prevalenza dell'attività della società in favore del socio unico.

2. Con sentenza in data 9 febbraio 2023, la Corte dei conti, Sezione Terza giurisdizionale centrale d'appello, ha accolto il gravame interposto dal Di.Bi. e ha dichiarato, in riforma della sentenza di primo grado, il proprio difetto di giurisdizione.

Il giudice d'appello ha osservato che, tra i requisiti della società in house, difettava, al tempo delle condotte ipotizzate come illecite, quello del controllo analogo.

Ha rilevato la Corte dei conti che, sulla base delle disposizioni dello statuto originario della Sanitaservice, del 30 maggio 2008, rimasto in vigore fino al mese di aprile 2016, la ASL di Foggia non ha mai esercitato (né poteva farlo) nei confronti di detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, atteso che i poteri di vigilanza e di controllo previsti in detto statuto non comportavano la diretta subordinazione degli organi e della operatività societaria alle specifiche direttive della ASL di Foggia, tali da configurare la Sanitaservice come una articolazione interna della azienda sanitaria.

Tale condizione è venuta ad integrarsi solo in occasione delle modifiche apportate allo statuto con atto notarile del 26 aprile 2016 (rogito del notaio Pe.Ma.) e con atto notarile del 6 settembre 2017 (rogito del notaio Si.Pa.).

3. Per la cassazione della sentenza della Sezione Terza giurisdizionale centrale d'appello della Corte dei conti, il Procuratore Generale rappresentante il Pubblico Ministero presso la Corte dei conti ha proposto ricorso, con atto notificato il 12 maggio 2023, sulla base di un unico motivo.

Ha resistito, con controricorso, Di.Bi.

4. Il ricorso è stato avviato alla trattazione camerale ai sensi dell'art. 380-bis. 1 cod. proc. civ.

5. Il Procuratore Generale della Corte di cassazione ha presentato conclusioni scritte, chiedendo l'accoglimento del ricorso e la dichiarazione della giurisdizione della Corte dei conti.

A sostegno delle rassegnate conclusioni, il Pubblico Ministero presso la Corte di cassazione ha rilevato che, secondo lo statuto, la ASL di Foggia, quale ente pubblico partecipante, aveva il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società, nonché di decidere le strategie aziendali in relazione alle operazioni necessarie o utili al raggiungimento dell'oggetto sociale della società, cui andavano aggiunti gli specifici poteri relativi alla ingerenza della ASL nella pianificazione, programmazione e controllo dell'attività aziendale.

6. Il controricorrente ha depositato, in prossimità della camera di consiglio, una memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il motivo di ricorso, il Procuratore Generale della Corte dei conti censura, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 1), cod. proc. civ., l'erronea declaratoria del difetto di giurisdizione per asserita insussistenza dei requisiti richiesti per il riconoscimento di Sanitaservice s.r.l. quale società in house dell'Azienda sanitaria locale di Foggia.

Il ricorrente sostiene che le modifiche statutarie intervenute nel 2016 e nel 2017, lungi dal creare ex novo un potere di controllo analogo in capo all'ASL di Foggia, avrebbero semplicemente rafforzato l'assetto determinatosi alla luce dello statuto originario della società, il quale già contemplava poteri di ingerenza nella programmazione e nel controllo dell'attività aziendale.

Ad avviso del ricorrente, tale conclusione sarebbe confortata da alcune note integrative del bilancio - di cui una, del 2010, redatta dallo stesso Di.Bi. - dalle quali si evincerebbe il riconoscimento di Sanitaservice quale soggetto operante secondo le linee strategiche e le scelte operative determinate dalla ASL. Saremmo di fronte ad un soggetto privo di autonomia operativa e, in definitiva, assimilabile a una mera articolazione interna all'ente pubblico controllante. Per tale ragione, il requisito del controllo analogo non potrebbe dirsi insussistente prima delle modifiche apportate allo statuto ma, al più, rafforzato da queste ultime grazie all'introduzione di una disciplina di dettaglio.

2. La difesa del controricorrente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso del Procuratore Generale della Corte dei conti sotto vari profili.

2.1. In primo luogo, per acquiescenza e per carenza di interesse.

L'eccezione è formulata sul rilievo che, laddove nel giudizio di secondo grado la Procura contabile aveva sostenuto che i requisiti di società in house dovessero essere desunti da due bozze di statuto (allegate, l'una, alla delibera del direttore generale della ASL di Foggia n. 3168 del 2008 e, l'altra, alla delibera dello stesso ente n. 187 del 12 febbraio 2015), con il ricorso per cassazione, invece, la stessa Procura ha sostenuto che i requisiti dovevano ricavarsi dallo statuto allegato all'atto di costituzione della società, datato 30 maggio 2008.

L'eccezione deve essere disattesa.

L'interesse all'impugnazione del Procuratore Generale della Corte dei conti si lega alla sentenza d'appello della Corte dei conti che ha dichiarato il difetto di giurisdizione sulla domanda di responsabilità per danno erariale promossa dallo stesso Pubblico Ministero.

Non costituisce, poi, atto incompatibile con la volontà di avvalersi dell'impugnazione, e non determina pertanto acquiescenza, la circostanza che il Procuratore Generale della Corte dei conti abbia valorizzato, a sostegno del ricorso per cassazione avverso la pronuncia declinatoria della giurisdizione, documenti (lo statuto originario), già presenti nell'incartamento processuale, diversi rispetto a quelli richiamati dallo stesso requirente nel giudizio di merito per dimostrare la natura in house della società.

2.2. Contrariamente a quanto ancora eccepito dal controricorrente, la censura articolata non incontra neppure l'ordinario limite della impossibilità, per il giudice di legittimità, di procedere ad una nuova valutazione del fatto, e quindi dello statuto.

Va ribadito, al riguardo, che in ordine alle questioni di giurisdizione le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono anche giudice del fatto (Cass., Sez. Un., 21 aprile 2015, n. 8074).

La questione di giurisdizione non si esaurisce nell'interpretazione della norma giuridica astrattamente destinata a regolare la fattispecie.

Nell'ambito delle questioni di giurisdizione, i profili di diritto risultano inscindibilmente connessi a quelli di fatto, giacché l'individuazione del giudice cui spetta la giurisdizione in ordine alla controversia presuppone necessariamente la valutazione della vicenda da cui trae origine la posizione giuridica fatta valere con la domanda giudiziale, che costituisce quindi un aspetto essenziale dell'apprezzamento demandato alle Sezioni Unite.

Tale inscindibilità contraddistingue, in linea di principio, tutte le questioni di carattere processuale, per la cui risoluzione questa Corte è chiamata ad operare come giudice anche del fatto, provvedendo al riscontro del vizio lamentato attraverso l'esame diretto degli atti di causa, indipendentemente dalla correttezza giuridica e dalla coerenza e logicità della motivazione adottata dal giudice di merito.

Le Sezioni Unite, pertanto, possono e debbono direttamente esaminare lo statuto della società, perché tale valutazione incide sulla configurazione come in house della società stessa, e quindi sulla determinazione dell'ambito della giurisdizione della Corte dei conti.

Dallo statuto, in particolare, dipende l'individuazione del giudice fornito di giurisdizione. La verifica in ordine alla ricorrenza dei requisiti propri della società in house, la cui sussistenza costituisce il presupposto per l'affermazione della giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio della società, deve compiersi con riguardo alle previsioni contenute nello statuto della società al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita.

La Corte dei conti ha già proceduto all'apprezzamento della portata dello statuto, ma non per questo la valutazione di quella risultanza è sottratta alle Sezioni Unite, in sede di impugnazione della sentenza del giudice contabile per motivi inerenti alla giurisdizione, perché alla Corte regolatrice compete la decisione sulla correttezza dell'individuazione del giudice munito di competenza giurisdizionale dipendente da quel fatto.

Infatti, se il danno causato per *mala gestio* degli amministratori al patrimonio di una società a partecipazione pubblica, non legata da un rapporto di servizio con il socio ente pubblico, non integra un'ipotesi di danno erariale inteso quale pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dell'ente pubblico medesimo (stante la distinzione tra società e soci, nonché la piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi), con conseguente devoluzione della lite al giudice ordinario, non altrettanto è a dirsi allorché questo danno venga fatto valere nella gestione di una società che, in quanto in house, sia caratterizzata da un rapporto di servizio qualificato con l'ente pubblico.

3. Passando all'esame del motivo di ricorso come sopra compendiato, esso è fondato.

4. I requisiti della società in house (indicati nella sentenza della Corte di giustizia 18 novembre 1999, C-107/1998, Teckal) che fondano la giurisdizione contabile in ambito societario sono stati da tempo focalizzati dalla giurisprudenza di legittimità.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, infatti, sussiste la giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipata da enti pubblici solo se questa abbia i requisiti per potere essere definita come società in house: per tale dovendosi intendere quella dal cui quadro statutario, vigente all'epoca della condotta ritenuta dannosa, emerga che sia stata costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e rispetto alla quale solamente i medesimi enti siano soci, ove essa espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e sia assoggettata a forme di controllo della gestione analoghe a quelle

esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici (Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283; Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2013, n. 26936; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22409).

Pertanto, una società di capitali partecipata da enti pubblici è configurabile come in house, e sussiste la giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti dei suoi organi di gestione e di controllo, allorché vi siano i seguenti requisiti: (a) il capitale sociale deve essere integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto deve vietare la cessione delle partecipazioni a soci privati; (b) la società deve esplicitare statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; (c) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici. Detti requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie in vigore al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita.

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175 del 2016) ha sostanzialmente recepito l'approdo della Corte regolatrice: facendo salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house (art. 12); definendo in house le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene in certe forme, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente (art. 2, comma 1, lettera o, e art. 16, commi 1 e 3); intendendo per controllo analogo la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata (art. 2, comma 1, lettera c).

5. Nel caso in esame il requisito della partecipazione totalitaria dell'ente pubblico è pacifico, non essendo controversa la circostanza che la ASL di Foggia è titolare dell'intero capitale sociale della Sanitaservice, e che questa ha per oggetto la fornitura di prestazioni e la gestione di servizi nel settore socio sanitario, con particolare riferimento al servizio 118 e al servizio di ausiliariato presso le strutture sanitarie.

La ASL di Foggia è il socio unico di tale società (così l'art. 1 dell'atto di costituzione della società a responsabilità limitata Sanitaservice s.r.l., ai rogiti del notaio del 30 maggio 2008, rep. n. 30924, racc. n. 8544, ai cui sensi "E' costituita una società a responsabilità limitata sotto la denominazione "Sanitaservice s.r.l." della quale l'Azienda sanitaria locale della Provincia di Foggia è l'unico socio") e in base all'art. 6 dello statuto le quote di partecipazione sociale possono essere possedute esclusivamente dalla medesima ASL o da altre pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 165 del 2001.

Ricorre, inoltre, il requisito dell'esercizio prevalente dell'attività a favore dell'ente pubblico quotista unico, come risulta dall'espresso dettato statutario secondo cui le attività facenti parte dell'oggetto sociale (vale a dire la fornitura di prestazioni e la gestione di servizi nel settore socio sanitario, con particolare riferimento al servizio 118 e al servizio di ausiliariato presso le strutture sanitarie) devono essere svolte in favore della stessa azienda sanitaria ed entro l'ambito di competenza territoriale di quest'ultima. È infatti previsto che rientrano nell'oggetto sociale le attività di supporto e di integrazione dei servizi sanitari di emergenza - urgenza resi dalla ASL di Foggia, ivi incluse le attività di soccorso e trasporto dei pazienti da e presso qualsiasi struttura sanitaria.

6. In ordine al requisito del controllo analogo, preme rilevare che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia (v. sentenza 11 gennaio 2005, C-26/2003, Stadt Halle; sentenza 13 ottobre 2005, C-458/2003, Parking Brixen) e di legittimità registra una progressiva specificazione della nozione, nel senso di una sua non assoluta e perfetta coincidenza o sovrapposizione (a partire da un dato anche lessicale, posto che "analogo" non è sinonimo di "identico") con il controllo esercitato dall'ente pubblico sui propri organi ed uffici interni, a favore di una più marcata sua identificazione nella fattispecie di influenza determinante sulle linee strategiche e sulle decisioni fondamentali della società.

In particolare, come questa Corte ha già sottolineato, non può essere accolta una nozione di controllo analogo esercitata dall'ente pubblico sulla società in house tale da declassare la società di capitali a mera articolazione interna dell'ente pubblico, del tutto priva di autonomia e sottoposta all'identico potere gerarchico esercitato dall'amministrazione sugli uffici dipendenti. Osta a tale interpretazione la previsione come analogo del controllo, con ciò intendendosi propriamente affermare che tale controllo non è uguale ma semplicemente simile a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi gestiti direttamente. Inoltre, una interpretazione del controllo analogo tale per cui la società in house risulti assoggettata ad un potere di direzione gerarchica, indistinguibile da quello esercitato dall'ente pubblico sulle proprie articolazioni interne, appare incompatibile con i principi di autonomia patrimoniale e attribuzione della personalità giuridica che il codice civile riconosce alla società di capitali (Cass., Sez. Un., 8 luglio 2020, n. 14236; Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2023, n. 3869).

In altri termini, il controllo analogo non è un controllo assoluto come su un pubblico ufficio né un controllo gerarchico, trattandosi del controllo di un soggetto esterno e rimasto distinto, a ben guardare, da quello controllato. Ne consegue ontologicamente la limitazione dell'obiettivo del controllo alle decisioni fondamentali del soggetto così controllato, ovvero a quelle riconducibili alle linee strategiche e alle più importanti scelte operative, in modo tale quindi da incidere sulla complessiva *governance* dell'attività della società in house, per tenere in conto e preservare le finalità pubbliche che comunque la permeano (Cass., Sez. Un., 28 giugno 2022, n. 20632).

In questa prospettiva si muove anche Cass., Sez. Un., 26 maggio 2023, n. 14776, la quale ha ritenuto sussistente il requisito del controllo analogo in una fattispecie nella quale il Comune era l'unico socio della società di capitali gestore del servizio di trasporto pubblico locale: condizione, questa, ha precisato la Corte, che consentiva di per sé il totale controllo dell'attività sociale, posto che in quanto unico socio il Comune poteva, ad esempio, convocare l'assemblea, revocare gli amministratori e approvare o non approvare i bilanci.

Resta, dunque, fermo il carattere istituzionalmente servente della società in house quale articolazione della P.A. da cui promana, in contrapposizione alla natura di soggetto giuridico esterno ed autonomo da questa.

E tuttavia il punto di equilibrio - rilevabile nel tipo di condizionamento indotto sulle linee strategiche e le scelte operative fondamentali della società - va posto tra un controllo che, da un lato, non si esaurisca in quello ordinario e che, dall'altro, neppure si identifichi necessariamente in una soggezione assoluta e totalmente riprodotiva dei modelli di comando interni alla P.A. (il che priverebbe di rilievo, in pratica, la stessa autonomia e personalità giuridica di diritto privato della società).

7. Tanto premesso, diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, sussiste nella specie anche il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui servizi di diretta gestione dell'ente pubblico.

Lo si ricava, innanzitutto, dal potere per l'ente pubblico partecipante di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società.

Ai sensi dell'art. 2 dello statuto del 30 maggio 2008 (allegato all'atto costitutivo del notaio Labianca), infatti, la società può compiere tutte le operazioni necessarie o utili al raggiungimento dell'oggetto sociale, "nell'ambito delle strategie aziendali decise dalla ASL di Foggia".

Inoltre, l'art. 8 del medesimo statuto prevede l'ingerenza della ASL nella pianificazione, programmazione e controllo dell'attività aziendale, con l'individuazione di regole gestionali e operative.

All'assemblea dei soci, e quindi al socio unico ASL di Foggia, spetta, infatti, in via esclusiva il potere di deliberare su indirizzo, coordinamento e controllo delle strategie e politiche aziendali, "al fine di consentire in concreto ai soci un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" (art. 8 dello statuto).

È significativo, del resto, che il rogito notarile del 30 maggio 2008 del notaio Labianca, recante l'atto di costituzione e lo statuto della società, richiama, in premessa, la deliberazione del commissario straordinario della ASL FG n. 1475 del 20 maggio 2008, con la quale si

deliberava, tra l'altro, di approvare in via definitiva lo statuto della società. Questa delibera (cfr. allegato D al rogito notarile Labianca) è stata adottata sulla premessa "di dover procedere ad adeguare lo statuto alle regole dettate dal Consiglio di Stato (in Adunanza Plenaria, 3/3/2008) in materia di controllo analogo degli enti pubblici sulle società di capitali totalmente possedute".

8. Ne consegue, pertanto, che la società Sanitaservice risulta, già in base allo statuto del 2008 (adottato con atto del notaio Labianca in data 30 maggio 2008), assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dall'ente pubblico partecipante sui propri servizi, essendo questo investito di compiti di controllo ulteriori che si pongono al di fuori dei normali diritti e poteri spettanti ai soci in base alle regole del codice civile.

Le modifiche statutarie introdotte nel 2016 e nel 2017 sono intervenute a specificazione nel dettaglio della natura di società in house già esistente alla data dell'illecito contestato (posto in essere, secondo l'ipotesi accusatoria, dal gennaio 2011 al giugno 2016). Esse, cioè, non hanno introdotto ex novo un regime di controllo analogo prima insussistente, bensì hanno solamente rafforzato quello preesistente con introduzione di disciplina di dettaglio.

Infatti, le modifiche statutarie introdotte nell'aprile 2016 e nell'ottobre 2017 hanno comportato la nomina degli organi di amministrazione e controllo in capo alla ASL di Foggia, in persona del direttore generale, e l'individuazione della figura incaricata dell'esercizio dei poteri di direzione e controllo, per il socio pubblico, nella persona del direttore generale dell'azienda sanitaria.

9. Ad un approdo convergente è pervenuto, in punto di qualificazione, il Consiglio di Stato.

In una controversia nella quale era in discussione la legittimità degli atti con cui la ASL di Foggia aveva istituito la società Sanitaservice e le aveva affidato il servizio di fornitura del personale e dei mezzi per effettuare le attività di pulizia, ausiliario e portierato delle strutture immobiliari dell'Azienda, la Terza Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 11 marzo 2011, n. 1572, ha rilevato la sussistenza, in concreto, di "tutti i presupposti per l'affidamento diretto in house (con particolare riguardo al controllo esercitato dall'Azienda sulla società Sanitaservice)".

10. Il ricorso è accolto.

È dichiarata la giurisdizione della Corte dei Conti.

La sentenza impugnata è cassata.

Per effetto della cassazione della sentenza, la causa deve essere rinviata alla Corte dei conti, Sezione giurisdizionale centrale d'Appello.

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese, essendo il Procuratore Generale della Corte dei Conti parte soltanto in senso formale.

P.Q.M.

accoglie il ricorso, dichiara la giurisdizione della Corte dei Conti, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale centrale d'appello.

Così deciso in Roma il 5 dicembre 2023.

Depositato in Cancelleria l'8 gennaio 2024.