Civile Sent. Sez. U Num. 17188 Anno 2018
Presidente: SCHIRO' STEFANO
Relatore: CIRILLO FRANCESCO MARIA
Data pubblicazione: 28/06/2018

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso 14445-2016 proposto da:

CARTABELLOTTA DARIO, BONAFEDE ESTERINA, elettivamente domiciliati in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentati e difesi dagli avvocati CARMELO CARRARA e GIUSEPPE COZZO;

- ricorrenti -

nonché da:

INGROIA ANTONIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ANTONIO STOPPANI 1, presso lo studio dell'avvocato MASSIMILIANO MANGANO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato MARIO SERIO;

168/18

STANCHERIS MICHELA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA STOPPANI 1, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO STALLONE, che la rappresenta e difende;
CROCETTA ROSARIO, DELL'AIRA GIUSEPPE, VALENTI PATRIZIA, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA PORTUENSE 104, presso la sig.ra ANTONIA DE ANGELIS, rappresentati e difesi dagli avvocati GIOVANNI IMMORDINO, GIUSEPPE IMMORDINO, SALVATORE RAIMONDI ED ATTILIO LUIGI MARIA TOSCANO;
BARTOLOTTA ANTONINO, elettivamente domiciliato in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato CECILIA NICITA;

- ricorrenti successivi -

contro

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

- controricorrente -

contro

PISCIOTTA MARIANO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA NICOLA RICCIOTTI 11, presso lo studio dell'avvocato WALTER ARONICA, rappresentato e difeso dall'avvocato STEFANO POLIZZOTTO;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

nonché contro

SIGNORINO ROSSANA, SCILABRA NELLA, PROCURA REGIONALE PRESSO LA SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PER LA REGIONE SICILIANA;

- intimati -

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

avverso la sentenza n. 38/2016 della CORTE DEI CONTI – SEZIONE GIURISDIZIONALE D'APPELLO PER LA REGIONE SICILIANA – PALERMO, depositata il 1° aprile 2016.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/04/2018 dal Consigliere FRANCESCO MARIA CIRILLO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale MARCELLO MATERA, che ha concluso in via principale per l'inammissibilità del ricorso Pisciotta, in subordine per il rigetto; rigetto degli altri ricorsi;

uditi gli avvocati Carmelo Carrara in proprio e per delega orale dell'avvocato Giuseppe Cozzo, Cecilia Nicita, Giuseppe Immordino in proprio e per deleghe degli avvocati Francesca Stallone e Cecilia Nicita, Salvatore Raimondi e Mario Serio.

FATTI DI CAUSA

1. La Procura regionale della Corte dei conti della Regione Siciliana convenne in giudizio Rosario Crocetta, in qualità di Presidente della Regione, Antonino Bartolotta, Esterina Bonafede, Dario Cartabellotta, Nella Scilabra e Michela Stancheris, in qualità di componenti della Giunta regionale, Patrizia Valenti, quale Assessore alla funzione pubblica, Giuseppe Dell'Aira, quale Avvocato distrettuale dello Stato, Mariano Pisciotta, in qualità di Ragioniere generale, Rossana Signorino, quale Dirigente del Servizio Partecipate, e Antonio Ingroia, Commissario liquidatore della Sicilia e Servizi s.p.a., affinché fossero condannati al pagamento, ciascuno *pro quota*, della somma complessiva di euro 1.063.078,50 a titolo di danno erariale patito dalla Sicilia e Servizi s.p.a. in conseguenza dell'illegittimo reclutamento in tale società, con contratto a tempo determinato, di una serie di unità di personale che prestavano servizio presso la Sicilia e Servizi Venture s.c. a r.l., socio privato della predetta società.

La premessa della citazione per danno erariale era costituita dai seguenti fatti: 1) costituzione, in data 20 dicembre 2005, della Sicilia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

e Servizi s.p.a., società mista a prevalente partecipazione pubblica, con capitale intestato per il 51 per cento alla Sicilia e Innovazione s.p.a., società interamente partecipata dalla Regione, e per il restante 49 per cento al socio di minoranza Sicilia e Servizi Venture s.c. a r.l., allo scopo di svolgere le attività informatiche di competenza della Regione; 2) stipulazione, in data 30 giugno 2006, tra la Regione Siciliana e le tre società suindicate, di una convenzione quadro per la gestione delle attività informatiche; 3) successiva messa in liquidazione, il 26 ottobre 2006, della Sicilia e Innovazione s.p.a., con acquisizione, da parte della Regione, del pacchetto di maggioranza del 51 per cento delle azioni della Sicilia e Servizi s.p.a. (SIeSE), e con regolazione dei rapporti tra quest'ultima e la Sicilia e Servizi Venture s.c. a r.l. (SISEV) in base ad apposita convenzione. Era previsto, inoltre, che il socio privato della società partecipata (cioè la SISEV) fuoriuscisse dalla compagine associativa alla successiva data del 22 dicembre 2013, ma non era previsto in alcun modo l'obbligo di far transitare il personale dal socio privato SISEV alla società pubblica SIeSE; anzi la Giunta regionale, con la delibera 15 marzo 2013, n. 110, aveva ribadito esplicitamente il divieto di assunzione per le società partecipate.

Tanto premesso, il P.M. contabile rilevò che, nonostante simile divieto, nei mesi successivi era stata avviata dai convenuti Pisciotta e Signorino una complessa procedura che, utilizzando il parere favorevole dell'Avvocato distrettuale dello Stato Dell'Aira, aveva condotto la Giunta regionale ad assumere la delibera 15 gennaio 2014, n. 6, con la quale, richiamato quel parere, aveva rimesso al liquidatore della società SIeSE, Antonio Ingroia, l'assunzione dei provvedimenti di competenza. A seguito di ciò, il liquidatore aveva avviato il c.d. processo di *popolamento* della SIeSE tramite contrattualizzazione a tempo determinato di 74 ex dipendenti della SISEV, con decorrenza dal 23 gennaio e dal 4 febbraio 2014; il costo

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

complessivo dell'assunzione di detto personale fu determinato dal P.M. nell'indicata somma di euro 1.063.078,50.

A sostegno dell'accusa il P.M. richiamò una serie di norme di legge, statali e regionali, che vietavano l'assunzione di personale, a tempo determinato ed indeterminato, nelle società partecipate, ricordando che l'art. 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche nella legge 6 agosto 2008, n. 133, aveva esteso anche alle società partecipate l'obbligo di reclutamento del personale mediante procedura ad evidenza pubblica. Con la conseguenza che «l'avvenuta assunzione "al buio" di personale di SISEV senza alcuna preventiva pianificazione e verifica» costituiva segno evidente di «grave e inescusabile negligenza nella gestione delle risorse pubbliche».

La Sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana, con sentenza n. 793 del 2015, dichiarò il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, in favore del giudice ordinario.

2. La pronuncia è stata impugnata dal P.M. contabile e la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'appello per la Regione Siciliana, con sentenza 1° aprile 2016, ha accolto il gravame, ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti ed ha rimesso gli atti al primo giudice per la prosecuzione del giudizio.

Nell'ampia ed articolata motivazione il giudice di appello ha premesso una panoramica della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in tema di c.d. società *in house*, rilevando che con tale espressione si intende solitamente identificare «una gestione riconducibile allo stesso ente affidante o alle sue articolazioni, perciò diversa sia dall'appalto di servizi sia dalla concessione», cioè di un «modello organizzativo in virtù del quale, nonostante la distinta soggettività giuridica, è l'ente pubblico che svolge direttamente l'attività».

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

La sentenza d'appello ha poi richiamato l'evoluzione della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in ordine al riparto di giurisdizione tra la Corte dei conti ed il giudice ordinario, soffermandosi in particolare sulla sentenza 25 novembre 2013, n. 26283. Tale pronuncia è pervenuta alla conclusione che le società *in house* hanno solo la forma esteriore della società di capitali ma sono, in effetti, una *longa manus* della Pubblica Amministrazione; con la conseguenza che, non essendo possibile distinguere la titolarità del patrimonio dell'ente pubblico e della società privata, gli amministratori di quest'ultima sono legati all'ente pubblico da un vero e proprio rapporto di servizio, con conseguente sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti.

Sulla base di simile ricostruzione, il giudice d'appello ha osservato che la società SIeSE aveva, nel caso in esame, natura di società *in house providing* ai sensi della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha abrogato la precedente Direttiva 2004/18/CE. In particolare, dopo aver sostenuto la tesi della natura *self-executing* di tale Direttiva, la Corte dei conti ha ricordato che, ai sensi dell'art. 12 della medesima, la società va considerata *in house providing* ove sussistano tre requisiti: 1) che l'amministrazione eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; 2) che oltre l'80 per cento delle attività di tale società venga effettuata nello svolgimento di compiti ad essa affidati dall'amministrazione controllante; 3) che non vi sia alcuna diretta partecipazione di capitali privati, salvo che non si tratti di partecipazione priva di poteri di controllo e di veto. Tutte queste condizioni erano, nella specie, esistenti in relazione alla società partecipata SIeSE. Quanto ai controlli, sarebbe l'art. 78 legge della Regione Siciliana 3 maggio 2001, n. 6, a disporre che la società, creata per lo svolgimento delle attività informatiche di competenza delle amministrazioni regionali, dovesse operare secondo gli indirizzi

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

strategici e le direttive pubbliche. In ordine, poi, alla percentuale degli affari, il giudice d'appello ha rilevato che l'unico cliente della società SIeSE era la Regione Siciliana. Quanto, infine, all'assenza di capitale privato, la sentenza ha osservato che tale capitale era sì previsto, in forma minoritaria, e che ciò non consentiva di escludere la natura di società *in house*, poiché quella società doveva operare nell'esclusivo interesse dell'amministrazione e sotto stretto controllo pubblico.

Dopo aver posto in luce tutte le ragioni per le quali la società SIeSE dovrebbe considerarsi *in house* e, quindi, soggetta alla giurisdizione contabile, la Corte dei conti siciliana ha evidenziato anche un ultimo elemento che confermerebbe tale assunto, e cioè il fatto che quella società era in fase di liquidazione. Richiamata la normativa del codice civile sulla liquidazione delle società, la sentenza ha evidenziato che in simile fase la società prosegue nella propria attività al solo scopo di liquidare il patrimonio; ne deriva che l'obiettivo non sarebbe più quello di tutelare l'esercizio dell'impresa, quanto piuttosto quello di tutelare i patrimoni dei soci e dei creditori; il che sarebbe un ulteriore elemento di conferma della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti.

3. Contro la sentenza della Corte dei conti propongono separati ricorsi Esterina Bonafede e Dario Cartabellotta, con un unico atto affidato ad un motivo; Antonino Bartolotta, con atto affidato ad un motivo; Mariano Pisciotta, con atto affidato ad un motivo; Antonio Ingroia, con atto affidato ad un motivo; Michela Stancheris, con atto affidato ad un motivo; Rosario Crocetta, Giuseppe Dell'Aira e Patrizia Valenti, con unico atto affidato ad un motivo.

Resiste il Procuratore generale presso la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'appello per la Regione Siciliana, con due separati controricorsi, l'uno nei confronti del solo Mariano Pisciotta e l'altro nei confronti di tutti gli ulteriori ricorrenti.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RAGIONI DELLA DECISIONE

I motivi di ricorso.

1. È da premettere che i motivi di ricorso, assai articolati e complessi, pongono censure che sono in larga misura ripetitive, per cui si procederà a riportarli unitariamente, salvo specificazione di eventuali singoli profili particolari.

Tutti i ricorrenti, in sostanza, lamentano il difetto di giurisdizione della Corte dei conti in relazione agli artt. 103 e 111 Cost., ed agli artt. 360, primo comma, n. 1), e 362, primo comma, del codice di procedura civile.

Il ricorrente Ingroia lamenta anche violazione dei principi in materia di società miste a capitale pubblico e privato, nonché violazione dell'art. 5 cod. proc. civ., dell'art. 12, comma 1, della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e dell'art. 2489 del codice civile.

I ricorrenti Crocetta, Dell'Aira e Valenti lamentano anche violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e dell'art. 13 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, in riferimento agli artt. 360, primo comma, n. 1), e 362, primo comma, cod. proc. civ.; violazione degli artt. 2380-*bis* e 2489 cod. civ., dell'art. 78 della legge reg. Siciliana n. 6 del 2001, dell'art. 5 cod. proc. civ., e dell'art. 12, comma 1, della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

1.1. I ricorrenti premettono che la giurisprudenza della Corte regolatrice ha stabilito che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto la responsabilità di privati funzionari di enti pubblici economici, anche in relazione ai danni per lo svolgimento dell'ordinaria attività di impresa. Tale regola non vale, al contrario, per le società di diritto privato partecipate da un ente pubblico, le quali non perdono tale caratteristica per il fatto che il capitale provenga dallo Stato o da altri enti pubblici, con conseguente

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

spettanza della giurisdizione al giudice ordinario. Ciò premesso, i ricorrenti osservano che la Corte regolatrice ha riconosciuto spettante alla Corte dei conti la giurisdizione sulle c.d. società *in house*, le cui caratteristiche sono essenzialmente tre: 1) capitale sociale interamente detenuto da enti pubblici, con divieto dello statuto di cessione di quote a privati; 2) esplicazione dell'attività, da parte della società, in modo prevalente verso gli enti partecipanti; 3) previsione dello statuto nel senso dell'assoggettamento della società a controlli analoghi a quelli previsti dagli enti pubblici sui propri uffici.

Nel caso in esame, alcuni tra i ricorrenti rilevano la loro estraneità rispetto alla società SIeSE, data la loro qualifica di componenti della Giunta regionale siciliana. Osservano, quindi, che detta società non poteva, all'epoca dei fatti, essere considerata *in house*, sia perché la partecipazione pubblica era maggioritaria ma non esclusiva (51 per cento), essendo il 49 per cento in mano di una società privata (la SISEV), sia perché lo statuto consentiva il trasferimento di azioni in capo a terzi in caso di mancato esercizio della prelazione da parte della Regione; con la conseguenza che non potrebbero valere nel caso in esame i principi dettati dalle Sezioni Unite a proposito della RAI s.p.a., dell'ENAV s.p.a. e dell'ANAS s.p.a., tutte aziende interamente statali. La giurisdizione, pertanto, sarebbe di spettanza del giudice ordinario. Né potrebbe essere invocata l'ulteriore argomentazione, prospettata dalla sentenza in esame, dell'applicazione dei principi di cui alla Direttiva 2014/24/UE. Tale Direttiva poteva essere recepita dagli Stati membri entro il 18 aprile 2016 ed è stata recepita, infatti, con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; quando i fatti di causa si svolsero, non era scaduto il termine per il recepimento, sicché non sussisteva alcun obbligo di immediata applicazione, né un obbligo di interpretazione conforme. Ne consegue che ritenere possibile la qualifica di società *in house*

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

anche in presenza di capitale privato equivarrebbe alla disapplicazione di una costante giurisprudenza sul punto.

1.2. Nessun rilievo avrebbe, secondo i ricorrenti, la circostanza che la società SIeSE fosse stata posta in liquidazione, dato che il danno lamentato dal P.M. contabile è un danno al patrimonio della società e non un risarcimento spettante ai singoli soci (su questo profilo insistono in modo particolare i ricorsi Ingroia e Pisciotta).

In punto di fatto, i ricorrenti ricordano che nel caso in esame la Regione Siciliana acquistò il 100 per cento delle azioni della SIeSE s.p.a. in data 26 marzo 2014 e che il controllo analogo fu introdotto dall'assemblea dei soci con delibera del 18 novembre 2014 e realmente istituito solo con il decreto del Presidente della Giunta regionale n. 509 del 2015, a seguito dell'acquisizione, da parte della Regione, del 100 per cento delle quote sociali. Tutte queste date sono successive rispetto al momento in cui si sarebbe determinato il danno erariale secondo la Procura contabile; per cui, tenendo presente l'orientamento giurisprudenziale nel senso che la verifica della sussistenza delle condizioni per cui una società può definirsi *in house* va compiuta avendo riguardo al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita e non ad un momento successivo, nella specie sarebbe esclusa la giurisdizione contabile.

I ricorrenti Crocetta, Dell'Aira e Valenti osservano, inoltre, che l'art. 78 della legge reg. Siciliana n. 6 del 2001 qualifica la SIeSE come pubblica amministrazione solo per taluni limitati effetti, per cui non potrebbe da tale disposizione desumersi alcun elemento decisivo nel senso della sussistenza della giurisdizione contabile.

Il controricorso della Procura contabile.

2. La Procura generale presso la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'appello per la Regione Siciliana, chiede che vengano respinti tutti i ricorsi e ribadita la sussistenza della giurisdizione contabile. A tale risultato si dovrebbe pervenire in base ad una serie

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

complessa ed articolata di ragioni. Fra queste, soprattutto, il fatto che la società SIeSE era da considerare, per espressa previsione della legge reg. n. 6 del 2001, un'amministrazione pubblica; che era una società di fonte legale, in liquidazione all'epoca dei fatti contestati; che il reclutamento del personale SISEV era avvenuto dopo la scadenza della data fissata per l'acquisizione totale del patrimonio da parte della Regione (22 dicembre 2013), anche se tale acquisizione avvenne poi il 26 marzo 2014; che erano previsti i controlli analoghi (art. 78 legge reg. n. 6 del 2001).

Quanto all'immediata efficacia della Direttiva 2014/24/UE, la Procura richiama il parere n. 298 del 2015 del Consiglio di Stato.

L'impossibilità di considerare la società SIeSE come società *in house*.

3. Ritengono queste Sezioni Unite che, al fine di scrutinare la fondatezza dei motivi di ricorso appena sunteggiati, sia necessario prendere l'avvio dalla più volte menzionata sentenza n. 26283 del 2013, la quale ha definito in maniera organica i connotati delle società *in house*, riconoscendo la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla responsabilità degli organi sociali per i danni da essi causati al patrimonio di tali società. Quella sentenza, richiamando i principi già in parte contenuti nella sentenza n. 26806 del 2009 e nella sentenza *Teckal* della Corte di giustizia dell'Unione europea, ha affermato che i connotati qualificanti delle società *in house* sono essenzialmente tre: «la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Ma s'intende che, per poter parlare di società *in house*, è necessario che detti requisiti sussistano tutti contemporaneamente e che tutti trovino il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale». Quella sentenza ha spiegato che il capitale sociale deve essere integralmente detenuto

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, che lo statuto deve vietare «in modo assoluto» la cessione a privati delle partecipazioni di cui sono titolari gli enti pubblici e che l'eventuale attività accessoria non deve implicare una significativa presenza sul mercato, rivestendo «una valenza meramente strumentale rispetto alla prestazione del servizio d'interesse economico generale svolto dalla società in via principale». Nella sentenza è stata posta in luce con chiarezza «l'anomalia del fenomeno dell'*in house* nel panorama del diritto societario», perché tale società non costituisce «un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna» (tant'è che viene usata l'incisiva espressione del «velo» che viene «squarciato»).

I principi stabiliti dalla sentenza n. 26283 sono stati costantemente ribaditi dalla giurisprudenza successiva di queste Sezioni Unite e l'odierna pronuncia intende dare ulteriore continuità a tale orientamento.

Le decisioni successive hanno chiarito, fra l'altro, che ai fini della qualificazione di una società come *in house*, occorre avere riguardo allo statuto sociale vigente nel momento in cui sono avvenuti i fatti dai quali trae origine il presunto danno erariale e non a quello esistente quando il P.G. contabile ha proposto la relativa domanda risarcitoria (in tal senso v. ordinanza 16 dicembre 2013, n. 27993; sentenza 26 marzo 2014, n. 7177, ordinanza 24 marzo 2015, n. 5848, e sentenza 12 aprile 2016, n. 7293).

3.1. Alla luce di questi principi, occorre innanzitutto esaminare lo statuto della società SIeSE nel momento in cui avvennero i fatti per i quali la Procura contabile ha chiesto il risarcimento, tenendo presente che il c.d. *popolamento* del personale (da cui sarebbe derivato il danno erariale) ebbe luogo con decorrenza dal 23 gennaio 2014 (data di assunzione in servizio delle 74 unità di personale della SISEV con

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

contratto a tempo determinato) e che l'atto di citazione della Procura contabile è del 7 novembre 2014.

Dal controllo dell'atto costitutivo del 20 dicembre 2005 emerge che il compito della società era quello di svolgere attività informatiche di competenza delle amministrazioni regionali, potendo essere svolte attività anche a favore di soggetti giuridici privati solo previo consenso del socio di maggioranza (art. 5); il capitale sociale era per il 51 per cento in mano a Sicilia e innovazione s.p.a. (quota che sarà poi acquisita dalla Regione) e per il 49 per cento della SISEV (art. 6).

La lettura dello statuto sociale, redatto con atto notarile nello stesso giorno, chiarisce che per i primi cinque anni c'era divieto di circolazione delle azioni (art. 8) e che, dopo quel periodo, la cessione sarebbe stata consentita per le azioni del socio diverso da quello pubblico di maggioranza, con obbligo di preventiva comunicazione e con relativo diritto di prelazione da esercitare entro trenta giorni (art. 9). In caso di mancato esercizio della prelazione, lo statuto stabiliva che il socio fosse libero di procedere all'atto di vendita alle condizioni di cui alla comunicazione ai soci per l'esercizio della prelazione (art. 9, comma 5); il successivo art. 10 prevedeva poi una clausola di gradimento in base alla quale le azioni dei soci diversi dal socio pubblico di maggioranza e i relativi diritti di opzione non potevano essere ceduti a non soci se non con il preventivo assenso del Consiglio di amministrazione. Ne deriva che, sia pure con molti vincoli, la cessione di azioni a terzi *non era vietata in modo assoluto*.

In data 18 novembre 2014 vi fu un'ulteriore modifica dello statuto sociale; da quell'atto risulta che a tale data il capitale era già interamente detenuto dalla Regione siciliana e che esso era inalienabile (art. 5), mentre il successivo art. 14 prevede espressamente il *controllo analogo*, stabilendo che la società operi esclusivamente in regime di *in house providing*, su incarico e committenza del socio unico che esercita il controllo analogo.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Controllo analogo che fu poi istituito con la delibera n. 509 del 16 febbraio 2015 firmata dal Presidente della Regione Rosario Crocetta. Se, dunque, alla data del 18 novembre 2014 il capitale della SIeSE era interamente regionale, ne viene confermata la tesi difensiva dei ricorrenti – sulla quale, peraltro, concorda anche il P.G. contabile sia nell'odierno ricorso che nell'atto di appello – per cui l'acquisizione del 49 per cento delle azioni della SIeSE in mano dei privati (cioè della SISEV) avvenne in data 26 marzo 2014, quando la contestata assunzione dei dipendenti aveva già avuto luogo.

Deve quindi ritenersi raggiunta una prima conclusione, e cioè che in base alle previsioni dello statuto sociale vigenti alla data del fatto generatore della responsabilità contabile (gennaio 2014), la società SIeSE non poteva ritenersi una società *in house*, mancando sia il requisito della titolarità esclusiva del capitale sociale in mano pubblica, con conseguente divieto di cessione delle azioni a privati, sia il requisito del controllo analogo; per cui la sussistenza del terzo requisito, ossia quello dell'esercizio dell'attività prevalente a favore dei soci stessi, non contestato e comunque esistente, si rivela insufficiente.

3.2. La sentenza impugnata ha richiamato, a sostegno della propria tesi in ordine alla sussistenza della giurisdizione, la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sostenendo che i principi ivi introdotti sarebbero applicabili al caso di specie, trattandosi di una direttiva *self-executing*, immediatamente vincolante per i giudici nazionali.

Questo Collegio non condivide tale tesi.

È indubbio che la citata direttiva, peraltro avente ad oggetto gli appalti pubblici, abbia modificato in modo significativo le condizioni necessarie affinché una società pubblica possa essere ritenuta *in house*. L'art. 12 prevede, infatti, che un appalto pubblico non rientri nell'ambito applicativo della direttiva medesima a condizione che 1)

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

sussista il controllo analogo; che 2) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento di compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante; e che 3) nella persona giuridica controllata non vi sia partecipazione diretta di capitali privati, *ad eccezione di forme di partecipazione che non comportino controllo o potere di veto e che non esercitino un'influenza determinante sulla controllata*. È venuta meno, pertanto, la necessità imprescindibile di una partecipazione totalitaria del capitale pubblico ed è stata fissata una soglia percentuale minima nello svolgimento dell'attività della società controllata, per cui è consentito lo svolgimento di attività di altro genere nel limite del residuo 20 per cento.

La conferma di un mutamento delle condizioni per la qualificazione di una società come *in house providing* risulta ancora più chiara dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, contenente il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. L'art. 16 di tale decreto, infatti, nel regolare le società *in house*, stabilisce nei primi tre commi una serie di condizioni, fra le quali la necessaria assenza di capitali privati (ma con i limiti di cui al comma 1), la prevalenza dell'attività in favore dell'ente pubblico socio (comma 3) e l'obbligo del controllo analogo, il tutto con i correttivi introdotti nel comma 2. Risulta perciò confermato che tale decreto, il cui art. 12, comma 1, riconosce la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti «per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*», ha modellato tali società sulla base di quanto già indicato dalla direttiva 2014/24/UE richiamata dalla Corte dei conti nella sentenza qui in esame (v., su tali novità normative, le ordinanze 1° dicembre 2016, n. 24591, e 27 dicembre 2017, n. 30978, di queste Sezioni Unite).

Occorre però rilevare – e questo è il nodo fondamentale – che la direttiva 2014/24/UE prevede per gli Stati membri un termine per il

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

recepimento fino al 18 aprile 2016 (art. 90); ne consegue che, quando la domanda giudiziale fu introdotta dalla Procura contabile nel presente giudizio, quel termine non era scaduto; e il recepimento, d'altra parte, è avvenuto con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, pubblicato nella G.U. del 19 aprile 2016, cioè tempestivamente. Deve quindi concludersi nel senso che le novità introdotte dalla direttiva suddetta non potevano trovare applicazione nel caso in esame, nel quale i fatti che hanno dato fondamento al presunto danno erariale si sono svolti addirittura prima che la direttiva 2014/24/UE fosse pubblicata nella G.U. dell'Unione europea (28 marzo 2014).

D'altra parte la giurisprudenza di questa Corte ha già affermato che l'immediata applicabilità delle direttive e delle altre fonti comunitarie non discende dalla qualificazione formale dell'atto fonte, ma richiede ulteriormente che le prescrizioni in esse contenute siano incondizionate, sufficientemente precise e che lo Stato destinatario, nei cui confronti il singolo faccia valere tale prescrizione, risulti inadempiente per essere inutilmente decorso il termine per darne attuazione (v. la sentenza 12 luglio 2013, n. 17261). Tali condizioni non esistevano nel caso in esame, per cui non può essere condiviso il ragionamento della Corte dei conti che ha supportato la decisione in punto di giurisdizione attraverso il richiamo alla citata direttiva.

In tal senso, del resto, appare orientata la giurisprudenza del Consiglio di Stato (v. le sentenze 26 maggio 2015, n. 2660 e 11 settembre 2015, n. 4253, correttamente richiamate dai ricorrenti); e tale sembra anche l'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea quale risulta dalla sentenza 14 settembre 2017 in causa C-223/16.

In conclusione, la società SIeSE non poteva essere qualificata come *in house providing* all'epoca dei fatti.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

L'impossibilità di qualificazione della SIeSE come società legale.

4. La Procura generale della Corte dei conti ha insistito nel controricorso, con argomentazioni riprese anche dal P.M. nella discussione orale alla pubblica udienza davanti a questo Collegio, sul rilievo che la sussistenza della giurisdizione contabile dovrebbe derivare anche dal carattere di società pubblica della SIeSE; ha richiamato a tale scopo l'art. 78 della legge reg. Siciliana n. 6 del 2001, norma istitutiva della società in oggetto, sostenendo che la SIeSE dovrebbe essere ritenuta un «organo indiretto dell'Amministrazione».

Tale rilievo non può essere condiviso.

L'art. 78 cit. – che ha subito una modifica ad opera dell'art. 15, comma 2, della legge della Regione Siciliana 10 dicembre 2001, n. 21, nel senso che la previsione di un capitale sociale *interamente* posseduto dalla Regione è stata sostituita con quella di una partecipazione *prevalente* – dispone che l'organismo societario ivi previsto sia «equiparato, per gli effetti di cui al decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, alle amministrazioni pubbliche previste dall'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo medesimo». Ne consegue, leggendo l'art. 1, comma 1, cit., che il richiamo alle amministrazioni pubbliche è disposto ai limitati fini ivi previsti – cioè quelli di progettazione, sviluppo e gestione dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni dello Stato – e non può avere la portata generale che la Procura della Corte dei conti vorrebbe attribuire all'espressione "equiparazione" di cui alla norma regionale.

Neppure questo argomento, quindi, può costituire un valido fondamento ai fini dell'attribuzione della giurisdizione alla Corte dei conti.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Ulteriori considerazioni alla luce della sentenza n. 26806 del 2009.

5. Ritengono le Sezioni Unite di dover compiere alcune ulteriori precisazioni in ordine alla vicenda oggi in esame, alla luce della sentenza n. 26806 del 2009.

Quella sentenza ha affermato che 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.

Nel contempo, la sentenza ha riconosciuto che sussiste invece la giurisdizione della Corte dei conti 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.

La pronuncia qui richiamata ha preso le mosse dalla distinzione «tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dagli artt. 2393 e segg. e, per le società a responsabilità limitata, dall'art. 2476 c.c., commi 1, 3, 4 e 5) e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

terzi (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dall'art. 2395 c.c., per le società a responsabilità limitata, dal cit. art. 2476 c.c., comma 6)»; ed ha chiarito che in questa seconda ipotesi sussiste la giurisdizione contabile, «tesa a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico quando questo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima» (classico caso è quello del danno all'immagine).

La sentenza, poi, ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione contabile anche in una seconda, diversa situazione. Partendo dal dato pacifico che il socio pubblico è, di regola, in condizione di tutelare da solo i propri interessi all'interno della società, la sentenza ha osservato che l'inerzia di tale socio può determinare «un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione», ed ha precisato che in simile ipotesi è configurabile l'azione del procuratore contabile per danno erariale, ma non nei confronti dell'amministratore della società partecipata, «bensì nei confronti 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 ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione».

In altri termini, il socio pubblico che detiene una quota del patrimonio di una società privata ha il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del raggiungimento del miglior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, egli in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale.

La costruzione operata dalla sentenza ora richiamata è stata ribadita in numerose pronunce successive (v., di recente, le sentenze

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

27 ottobre 2016, n. 21692, 8 maggio 2017, n. 11139, e 20 marzo 2018, n. 6929) ed è stata, in sostanza, recepita anche a livello legislativo dall'art. 12, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016, secondo cui costituisce «danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

Tuttavia, affinché possa trovare applicazione la citata giurisprudenza, occorre che l'azione risarcitoria sia stata effettivamente proposta in questi termini; occorre, cioè, che la Procura contabile abbia prospettato come attraverso il comportamento omissivo di coloro i quali rappresentano la parte pubblica all'interno della società partecipata si sia determinato un pregiudizio *al valore della partecipazione societaria*.

Rilevano le Sezioni Unite che ciò non si è verificato nel caso oggi in esame, perché l'azione di risarcimento è stata promossa dalla Procura contabile sull'unico presupposto che la società SIeSE fosse una società *in house*, senza nemmeno ipotizzare che il c.d. *popolamento* della medesima con l'assunzione di personale proveniente dalla SISEV avesse determinato una diminuzione nel valore della quota di partecipazione che faceva capo alla Regione Siciliana. Né è pensabile che rientri nei poteri di questa Corte una diversa impostazione della domanda risarcitoria.

Ne consegue che neppure sotto tale profilo è prospettabile la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti.

La decisione dei ricorsi.

6. Alla luce di tutto quanto detto, la soluzione del caso in esame è agevole.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

I ricorsi sono tutti fondati, perché nella vicenda non sussisteva la giurisdizione della Corte dei conti; il che comporta che la sentenza impugnata deve essere cassata senza rinvio.

Rimane fermo, peraltro, che in riferimento alla posizione di Antonio Ingroia, che è l'unico tra i soggetti convenuti in giudizio a rivestire un ruolo nell'ambito della società SIeSE, spetterà alla medesima valutare se vi siano gli estremi per promuovere l'azione di responsabilità, ai sensi dell'art. 2393 cod. civ., davanti al giudice ordinario.

È necessario rilevare, poi, che l'eccezione di inammissibilità del ricorso di Mariano Pisciotta prospettata nel controricorso della Procura della Corte dei conti non può essere accolta.

È esatta, infatti, l'affermazione secondo cui quel ricorso è tardivo, in quanto, notificata la sentenza d'appello al medesimo in data 8 aprile 2016, il ricorso fu spedito per la notifica il 22 luglio successivo, cioè oltre il termine di sessanta giorni; né trova applicazione, nella specie, la disposizione dell'art. 334, primo comma, cod. proc. civ., sull'impugnazione incidentale tardiva, perché l'impugnazione proposta è adesiva, e come tale soggetta ai medesimi termini dell'impugnazione principale (v. per tutte la sentenza 7 ottobre 2015, n. 20040).

Tuttavia, trattandosi nella specie di litisconsorzio necessario di natura processuale dovuto all'unicità dell'iniziativa risarcitoria intrapresa, l'impugnazione tempestiva proposta dagli altri ricorrenti giova anche al Pisciotta ed impedisce il passaggio in giudicato della sentenza nei suoi confronti; per cui non può essere dichiarata la tardività del ricorso incidentale suindicato.

Non occorre provvedere sulle spese, poiché la Procura della Corte dei conti è parte solo in senso formale.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

P.Q.M.

La Corte *accoglie* i ricorsi, *cassa* la sentenza impugnata *senza rinvio* e *dichiara* il difetto di giurisdizione della Corte dei conti. Nulla per le spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione, il 10 aprile 2018.

Il Consigliere estensore

Francesco M. Cirillo

Il Presidente

Corte di Cassazione - copia non ufficiale