

PROBLEMATICA SULLA GIURISDIZIONE PER DANNI CAGIONATI DA AMMINISTRATORI E DIPENDENTI DI SOCIETÀ PARTECIPATE DA ENTI PUBBLICI, ALLA LUCE DELL'ORDINANZA DALLA SEZIONE GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI PER IL LAZIO N. 40/2018

di Antonio VETRO, Presidente on. della Corte dei conti

1) Premessa

Lo scrivente, con articolo del 16 ottobre 2012, si è già interessato della "Problematica sulla giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società con partecipazione pubblica", rilevando preliminarmente "il notevole abuso nella costituzione di società partecipate dalla p.a., con enorme spendita di denaro pubblico, sovente finalizzato, dietro lo "specchietto delle allodole" di una maggiore efficienza, a distribuire poltrone su base clientelare, a gonfiare indebitamente i compensi, ad assumere nuovo personale senza alcuna garanzia nel reclutamento, a distribuire consulenze superflue, ad aggirare i limiti imposti per le gare di evidenza pubblica a tutela della concorrenza, ad operare in conclusione al di fuori dei fondamentali canoni di trasparenza e buona amministrazione, garantiti da seri controlli".

D'altra parte, anche la Consulta, con sentenza n. 148/2009, aveva già rilevato la possibilità di "forme di abuso (la cui esistenza è verosimile, tenuto conto che sono circa tremila, ad esempio, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica)" e del contrasto con l'inderogabile principio di "tutelare la concorrenza ed il mercato".

2) Brevi note sull'evoluzione nella giurisprudenza della Cassazione in tema di giurisdizione.

Sul tema della giurisdizione in materia di responsabilità per danni alla p.a. degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici e delle società con partecipazione pubblica, la Cassazione ha più volte mutato avviso.

Con ordinanze n. 19667/2003, n. 10973/2005 e con sentenza n. 24002/2007, aveva ritenuto che il processo di privatizzazione dell'amm.ne pubblica non avesse comportato riduzioni della sfera di competenza giurisdizionale della Corte dei conti ma, con sentenza n. 26806/2009, la Cassazione ha poi affermato l'esatto contrario, statuendo che non sussiste la giurisdizione della Corte dei conti, bensì quella del giudice ordinario, nelle controversie afferenti la responsabilità per "*mala gestio*" imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, laddove il danno di cui si invochi il ristoro sia riferito al patrimonio sociale, restando quest'ultimo privato e separato da quello dei soci, né divenendo una siffatta società essa stessa un ente pubblico, per il solo fatto di essere partecipata da un ente pubblico.

Quest'ultima sentenza si fonda su una serie di affermazioni, sintetizzate in nove punti nel citato articolo dello scrivente del 16 ottobre 2012, tutte da ritenere totalmente inaccettabili.

Tanto precisato, va comunque rilevato che la sentenza n. 26806/2009 è stata pedissequamente seguita in altre, numerose sentenze della Cassazione (sent. n. 14655/2011, 14957/2011, 20941/2011, 3692/2012, 23306/2015, 21692/2016 e, da ultimo, n. 30978/2017).

Peraltro, in prosieguo di tempo, dopo la sentenza n. 26806/2009, la Cassazione ha operato una suddivisione nell'ambito delle società partecipate, determinante a fini della ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e contabile.

In particolare, la Cassazione, con sentenza n. 26283/2013, ha osservato che "le società *in house* hanno della società solo la forma esteriore ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure 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. Essendo essi preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico. L'analogia tra le due situazioni non giustificherebbe una conclusione diversa nei due casi, né quindi un diverso trattamento in punto di responsabilità e di relativa giurisdizione".

Anche la suddivisione anzidetta nell'ambito delle società partecipate ai fini della giurisdizione, se ha il merito di ridurre l'area di sostanziale impunità, di fatto garantita ai responsabili di atti di *mala gestio* - e riconosciuta dalla stessa Cassazione nell'ordinanza n. 19667/2003, dove si afferma che "la timida attività giudiziaria (in sede civilistica) dell'ente danneggiato poteva risolversi in un sostanziale esonero da responsabilità" - si fonda anch'essa su presupposti del tutto inaccettabili.

Come ricordato nell'articolo dello scrivente in data 21 gennaio 2014, riguardante le società partecipate *in house*, il ragionamento della Cassazione, basato sulla diversa qualificazione del patrimonio, pubblico o privato, a seconda che trattasi o meno di società *in house*, non convince in quanto, specie nei casi di partecipazione totalitaria del patrimonio sociale da parte di enti pubblici, questa diversa qualificazione non si giustifica individuandosi in ambedue i casi un patrimonio separato, ma pur sempre riconducibile all'ente pubblico.

Premesso che il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 762/2013, ha riconosciuto la piena discrezionalità nella scelta di un Ente pubblico territoriale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, a prestar fede alla tesi della

Cassazione, dovrebbe concludersi nel senso che l'utilizzazione dello stesso patrimonio per il conseguimento della medesima finalità pubblicistica assumerebbe una diversa natura, indifferentemente pubblicistica o privatistica, a seconda della scelta dell'ente pubblico di costituire una società *in house* o una comune società di capitali con partecipazione totalitaria.

Ancora, in base alla scelta compiuta, l'ente interessato potrebbe determinare la giurisdizione, ordinaria o contabile, cui dovrebbero essere attribuite le controversie sulla responsabilità degli amministratori tenuti alla corretta utilizzazione del patrimonio per il conseguimento di pubblici interessi, in violazione dell'art. 25, I comma, della Costituzione, secondo cui "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge", precostituito in base a criteri certi, oggettivi e definiti in precedenza rispetto al fatto da esaminare in giudizio. Non occorre spendere parole per rilevare la profonda, insanabile anomalia derivante da tali conseguenze.

Anche nell'ordinanza dalla Sezione Lazio n. 40/2018 viene segnalata la criticità consistente nella possibilità che "la giurisdizione sia determinata da scelte meramente potestative dei costituenti la società ed il suo statuto e dei successivi soggetti legittimati alle modifiche".

Tanto precisato, va comunque preso atto che gli indicati e inaccettabili principi ermeneutici affermati sul tema dalla Cassazione sono stati recepiti nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, T.U. in materia di società a partecipazione pubblica. L'art. 12 del citato d.lgs. stabilisce, in particolare, che "i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria di società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house* ...".

3) Disamina dell'ordinanza dalla Sezione giurisdizione della Corte dei conti per il Lazio n. 40/2018.

Oggetto del giudizio è un presunto danno erariale subito dall'ATAC s.p.a. pari a euro 17.997.521,20 e determinato, secondo la Sezione, dal "perfezionamento, nel periodo di tempo compreso tra il 23.12.2003 ed il 7.1.2004, di una complessa operazione finanziaria" ... "Le ingenti perdite, che si registravano a decorrere dal 2008, inducevano all'estinzione anticipata dell'operazione, al fine di non sopportare, nel futuro, costi e rischi finanziari ancor più ingenti, attesa la durata pluriennale dei contratti" ... "Dall'operazione finanziaria descritta, a fronte della concessione in locazione e della contemporanea "ripresa" in sublocazione di beni già di sua proprietà, ATAC sosteneva ingenti costi ad avviso dell'organo requirente concretanti danno erariale riconducibile ai convenuti in epigrafe. In relazione ai descritti fatti (avvenuti tra il 23.12.2003 ed il 7.1.2004) e all'azione di responsabilità degli amministratori e sindaci promossa da ATAC S.p.A. nel 2012, il Tribunale civile di Roma ha declinato la propria giurisdizione e, al contempo, ha dichiarato la giurisdizione della Corte dei conti in ragione della natura di ATAC quale società *in house* del Comune di Roma".

Sul punto, la Sezione ha osservato che "l'indagine svolta dal giudice ordinario in ordine alla natura rivestita da ATAC s.p.a. è stata esperita accertando la sussistenza dei requisiti (della appartenenza del capitale sociale al socio pubblico e della inalienabilità a privati delle partecipazioni, del controllo analogo e dell'attività prestata in favore dell'ente pubblico partecipante) espressivi della natura di organo *in house*, con riferimento alle disposizioni del nuovo Statuto di ATAC s.p.a. adottato con deliberazione n. 229 del Consiglio Comunale del 6 dicembre 2004.

La Sezione ha poi specificato che "ai fini del radicamento della giurisdizione contabile l'accertamento della sussistenza o meno del danno erariale va effettuata in base alla legislazione ed allo Statuto vigenti all'epoca" e che, nella fattispecie, lo Statuto di ATAC s.p.a. "vigente al momento delle condotte censurate dall'organo requirente", pur potendo ritenersi soddisfare i requisiti della natura pubblica del socio proprietario della totalità delle azioni, dell'esercizio dell'attività in prevalenza a favore del socio stesso e della sottoposizione ad un controllo analogo, espressivi della natura di società *in house*, non contemplava che le azioni o le quote di partecipazione capitale non potessero appartenere neppure in parte a soci privati.

Alla luce di tali considerazioni, la Sezione ha concluso nel senso che "non sembra condivisibile la pronuncia del giudice *a quo*, che indica sussistere la giurisdizione del giudice contabile"

Ciò premesso, va preliminarmente ricordato che la giurisprudenza consolidata della Corte dei conti considera l'ATAC una società *in house* in base alle disposizioni statutarie. Fra le più recenti vanno citate le sentenze della Sez. II d'appello n. 586, 631, 705, 1146 tutte del 2016, la sentenza n. 310/2016 della Sezione Lazio, e infine la sentenza n. 538/2017 della Sez. III d'appello, che ha confermato la sentenza n. 449/2015 della Sezione Lazio in punto di giurisdizione del giudice contabile in materia.

Tanto precisato, diversi profili della questione esaminata nell'ordinanza suscitano notevoli perplessità.

1) Il punto di maggior rilievo riguarda l'identificazione del momento cui far riferimento per accertare la disciplina applicabile alla fattispecie.

Infatti, da quel che si comprende, salvo equivoci, i fatti sarebbero "avvenuti tra il 23.12.2003 ed il 7.1.2004", ma il danno sarebbe derivato da "ingenti perdite, che si registravano a decorrere dal 2008". Inoltre "ai fini del radicamento della giurisdizione contabile" si afferma nell'ordinanza che "l'accertamento della sussistenza o meno del danno erariale va effettuata in base alla legislazione ed allo Statuto vigenti all'epoca", ma poi si richiama lo Statuto di ATAC s.p.a. "vigente al momento delle condotte censurate dall'organo requirente".

A questo punto, come già detto, sorge il problema di stabilire la disciplina applicabile e in particolare se, in relazione alla disciplina contenuta nello statuto del 2004, debba farsi riferimento soltanto alla "condotta censurata", databile in

data precedente a quello statuto, ovvero all'evento dannoso che, a quanto sembra di capire, si sarebbe verificato in data successiva.

Il problema non si porrebbe se la condotta avesse prodotto un danno immediato, mentre sembra di comprendere che sia intervenuto un notevole lasso di tempo fra condotta ed evento dannoso.

Orbene la Sezione per la Sardegna, con sentenza 15 gennaio 2016 n. 5, ha puntualizzato sul punto quanto segue:

“Riguardo agli effetti temporali della modifica (introdotta dalla legge n. 102/2009) ... deve ritenersi che la disposizione, quand'anche se ne affermasse la natura innovativa e sostanziale, trovi applicazione nel caso in discussione, posto che, sebbene la condotta addebitata al convenuto sia stata tenuta in epoca precedente, l'illecito si è però perfezionato successivamente, con il pagamento, a carico del bilancio della Provincia, delle somme contestate”.

In altri termini, secondo la Sezione sarda, per stabilire la disciplina applicabile, nel caso di successione di norme nel tempo, deve farsi riferimento, non al momento della condotta ritenuta illegittima, bensì al momento nel quale si è perfezionata la fattispecie complessa dell'illecito amministrativo che richiede, oltre alla condotta censurabile, l'evento dannoso.

D'altra parte, come precisato dalle Sezioni Riunite di questa Corte, il momento nel quale sorge il diritto al risarcimento che può farsi valere nei giudizi di responsabilità amministrativa è quello nel quale si produce l'evento dannoso, ad esempio alla data della spendita ingiustificata di somme di denaro e ciò è confermato dal fatto che tale momento costituisce il *dies a quo* per il decorso della prescrizione.

Tale impostazione è condivisa dalla Sez. II d'appello nella sentenza n. 1146/16, nella quale si afferma: “Deve, invero, ribadirsi che - come affermato da giurisprudenza assolutamente consolidata - il *dies a quo* del termine prescrizione va individuato, non nel momento in cui è stata posta in essere la condotta dedotta come illecita (nella specie, l'anno 2006), bensì nella data in cui è stato effettuato il pagamento (luglio 2008). Il diritto al risarcimento del danno è stato, quindi, azionato dalla Procura regionale (nel 2011) mentre era ancora in corso la prescrizione quinquennale”.

Se si accoglie tale prospettazione, viene a cadere tutta l'impostazione sulla quale si basa l'ordinanza della Sezione Lazio.

II) Ulteriore motivo di perplessità deriva dal fatto che la Sezione non ha fatto alcun accenno alla giurisprudenza comunitaria.

Nell'ambito di detta giurisprudenza, mentre alcune decisioni hanno statuito l'illegittimità dell'affidamento diretto anche quando una società, pur non essendo partecipata da privati, ne preveda nello statuto un loro possibile ingresso (es. Corte di giustizia. C.E. 21 luglio 2005, C-231/03.), altre sentenze hanno, invece, precisato che una possibile apertura ai privati non è di per sé preclusiva dell'affidamento diretto, dovendosi valutare il caso concreto (Corte di giustizia C.E. settembre 2009, C- 573/07) e non violerebbe il diritto comunitario

l'affidamento diretto ad una società a partecipazione pubblica totalitaria, poi gradualmente ceduta ai privati, se al momento dell'affidamento erano presenti tutti i presupposti dell'*in house* (Corte di giustizia C.E. 17 luglio 2008, C-371/0510).

Corte di giustizia europea, Sez. III, 10/9/2009 n. C-573/07

Punto 50: "Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura".

Punto 51: "Ne risulta che in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta".

Corte di giustizia europea, Sez. II, 17/7/2008 n. C-371/05

Punto 29: "Per quanto riguarda il secondo argomento esposto dalla Commissione, si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi (v. sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 38)".

Nello stesso senso è la sentenza n. 586/2016 della Sez. II d'appello, che ha confermato, in punto di giurisdizione, la sentenza della Sezione Lazio n. 325/2011

"Questa essendo la cornice normativa, si osserva che il servizio di trasporto pubblico nel Comune di Roma è stato gestito in regime di concessione esclusiva dalla Trambus s.p.a. (poi ATAC s.p.a.) interamente partecipata dallo stesso Comune; e, quindi, l'apertura del pacchetto azionario ai privati è rimasta ferma alle prescrizioni di legge, trattandosi di prescrizioni che – per il periodo che qui interessa – hanno trovato eco solo in un adeguamento formale dello Statuto, il cui art. 5, comma 5, prevede appunto che «*alla società potranno partecipare nuovi soci pubblici e privati ...*». In altri termini, la sostanza non corrisponde alla forma. E la sostanza è proprio nel senso che - diversamente da quanto astrattamente previsto dallo Statuto - trattasi di società affidataria dell'esercizio

di un pubblico servizio, il cui capitale sociale era all'epoca (e continua ad essere tuttora) integralmente detenuto dall'ente locale titolare del pubblico servizio".

4) Una breve considerazione finale.

Come già osservato nei precedenti articoli dello scrivente in materia, la problematica in esame, tutto sommato, non avrebbe un particolare rilievo se la posta in gioco si limitasse alla mera individuazione del giudice cui attribuire la giurisdizione nei confronti di amministratori e dipendenti di società partecipate, in maggioranza o totalmente, da enti pubblici per il conseguimento di finalità pubbliche. La questione, invece, assume tutt'altra consistenza se si pone mente alla circostanza che l'impropria mescolanza delle norme, di natura pubblicistica e privatistica, fondate su principi quanto mai diversi, sia stata non di rado utilizzata come "grimaldello" per la consumazione di gravi abusi, di cui sono piene le cronache giudiziarie, effettuati da soggetti prescelti dai pubblici amministratori per le cariche di amministratori, controllori e dipendenti delle s.p.a. partecipate e solo in casi assolutamente sporadici, come riconosciuto dalla stessa Cassazione, sono stati attivati giudizi in sede civile, per il risarcimento di danni erariali spesso di rilevante ammontare.

Risulta pertanto assolutamente indispensabile, per una efficace tutela del pubblico erario - e quindi dei contribuenti - che si intervenga al più presto nelle sedi competenti perché si ponga fine ad una situazione dominata dalla più assoluta irragionevolezza, nel dispregio di un valore di rilevanza anche costituzionale, ripristinandosi la competenza del pubblico ministero contabile, caratterizzata dai fondamentali canoni dell'indipendenza e della autonomia, ad intraprendere l'azione di responsabilità amministrativo-contabile in materia.

Roma 16 maggio 2018