

Evoluzione della problematica sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società partecipate dagli enti pubblici, con particolare riguardo a quelle c.d. *in house*.

1) Premessa

Con articolo del 16 ottobre 2012, lo scrivente si è già interessato della "Problematica sulla giurisdizione in tema di responsabilità nei confronti della p.a. degli amministratori e dipendenti delle società con partecipazione pubblica, alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti, della Corte costituzionale, del Consiglio di Stato e della Cassazione".

Peraltro, tale problematica merita un ulteriore approfondimento, alla luce della nuova normativa riguardante la materia e dell'evoluzione giurisprudenziale recentemente intervenuta.

In particolare, la Cassazione a Sezioni unite, con sentenza n. 26283/2013, ha cassato con rinvio la sentenza n. 631/2012 della III Sezione centrale d'appello della Corte dei conti, accogliendo il ricorso della Procura territoriale, condiviso dalla Procura generale, avverso la denegata giurisdizione del giudice contabile nei confronti degli amministratori delle società partecipate dagli enti pubblici, c.d. *in house*.

Nel caso in questione, con sentenza n. 989/2010, la Sezione Lazio aveva condannato alcuni amministratori al risarcimento del danno nei confronti di una società per azioni di trasporti e mobilità, interamente partecipata da un Comune, ma la Sez. III aveva accolto l'appello degli interessati, che avevano eccepito il difetto di giurisdizione, sulla base delle seguenti considerazioni:

"Il Collegio deve qui porsi il problema delle società interamente partecipate e sulle quali l'amministrazione controllante esercita il c.d. controllo analogo, una sorta di controllo *quam in suis*, come se la società fosse un ramo, un ufficio della p.a.; fenomeno che si riscontra, in particolare, con le società partecipate dagli enti locali, come avviene nel caso in esame. Soccorre la decisione della Corte di cassazione a Sezioni unite n. 20941 del 12 ottobre 2011, secondo cui, in tema di rapporti tra giurisdizione ordinaria e contabile, nella società di diritto privato a partecipazione pubblica, il

pregiudizio patrimoniale arrecato dalla *mala gestio* dei suoi organi sociali non integra il danno erariale in quanto si risolve in un *vulnus* gravante in via diretta esclusivamente sul patrimonio della società stessa, soggetta alle regole di diritto privato e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci”.

Al contrario, 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”.

2) I caratteri salienti delle c.d. società *in house*.

L'espressione *in house providing* inizialmente appare nel libro bianco della Commissione europea del 1998, nel quale gli appalti pubblici *in house* sono definiti come quelli aggiudicati all'interno della p.a., ovvero tra questa ed una società interamente controllata.

La creazione di una società *in house* legittima l'affidamento diretto senza gara del servizio di una p.a. ad una persona giuridica distinta, qualora la prima eserciti sulla seconda un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici e quest'ultima realizzi la parte più importante della propria attività a favore della p.a. (C. giust. C.E. 18 novembre 1999 n. C-107/98). Tale persona giuridica deve presentare caratteristiche che consentano di qualificarla come *longa manus* dell'ente pubblico e la relativa gestione come articolazione dello stesso ente; si è quindi in presenza di un modello organizzativo meramente interno.

Attraverso la creazione di una società *in house*, vengono derogati i principi fondamentali, in materia di gare di evidenza pubblica, dettati dal trattato istitutivo della Comunità europea, di concorrenza, non discriminazione e trasparenza, per cui si è resa necessaria l'individuazione di rigorosi requisiti, da interpretare in senso restrittivo (C. giust. C.E., 6 aprile 2006 n. C-410/04) da parte della giurisprudenza comunitaria e nazionale, con particolare riguardo ad un controllo della p.a. sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04), nei confronti dell'impresa affidataria, analogo a quello svolto sui propri servizi e ad un rapporto di rigida strumentalità dell'azione dell'impresa "*in house*" con le esigenze pubblicistiche di competenza dell'ente controllante.

L'espressione *in house providing* identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della p.a. senza utilizzazione dell'apporto di terzi estranei attraverso l'indizione di gare (c.d. esternalizzazione).

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa qualora difetti la partecipazione pubblica totalitaria sulla società partecipata (C. giust. C.E. 19 aprile 2007 n. C-295/05).

Come rilevato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 762/2013, "stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 (sent. Corte cost. n. 199/2012), e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società *in house*) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si applica invece la disciplina comunitaria sui presupposti e condizioni per l'utilizzo della società *in house*". In conclusione, "la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare la opzione tra modello *in house* e ricorso al mercato, deve basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali".

3) Analisi della motivazione della sentenza della Cassazione n. 26283/2013 in tema di giurisdizione.

A) Secondo la sentenza "il danno cagionato dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nel patrimonio sociale medesimo".

Peraltro, nella stessa sentenza si afferma, per le società *in house*, che "la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità" e ancora che "in questo caso, il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità".

Il ragionamento della Cassazione non convince in quanto, specie nei casi di partecipazione totalitaria del patrimonio sociale da parte di enti pubblici, non si giustifica la diversa qualificazione del patrimonio, a seconda che trattasi o meno di società *in house*, individuandosi in ambedue i casi un "patrimonio separato, ma pur sempre riconducibile all'ente pubblico".

Come esempio può richiamarsi il caso trattato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 762/2013 nel quale si riconosce la discrezionalità nella scelta di un Comune 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.

Non occorre spendere parole per rilevare la profonda anomalia derivante da tali conseguenze, tanto più che nella sentenza in esame la Cassazione ammette che "nell'attuale assetto normativo il perseguimento delle finalità istituzionali proprie della pubblica amministrazione si realizza anche mediante attività disciplinate in tutto o in parte dal diritto privato, onde il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico della stessa pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno".

B) Secondo la Cassazione, "l'esattezza di tale conclusione (inidoneità alla configurazione di un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti) trova conferma anche nell'impossibilità di realizzare, altrimenti, un soddisfacente coordinamento sistematico tra l'ipotizzata azione di responsabilità dinanzi al giudice contabile e l'esercizio delle azioni di responsabilità (sociale e dei creditori sociali) contemplate dal codice civile".

Al contrario, l'azione civile e quella contabile possono senz'altro convivere, nei rispettivi ambiti di competenza, pur in assenza di un "soddisfacente coordinamento sistematico", per un duplice ordine di motivi, basati anche sulla giurisprudenza della stessa suprema Corte.

I) Come precisato dalla Cassazione con sentenze n. 6581/2006 e 27092/2009, la previsione legislativa della possibilità di promuovere nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione di una società l'ordinaria azione civilistica di responsabilità non implica l'esclusione dell'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile; l'aver entrambe per oggetto il medesimo danno non osta alla loro coesistenza, né comporta i rischi di duplicazione del risarcimento prospettati dai ricorrenti, poiché la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione, ma di proponibilità della domanda.

II) Inoltre, sussistono dubbi sul nesso fra premesse e conclusioni nel ragionamento della Cassazione. Sarebbe come dire che siccome

non esistono norme di coordinamento fra la costituzione di parte civile della p.a. nei confronti di dipendenti che abbiano commesso reati comportanti danno erariale e l'azione del p.m. contabile, quest'ultima non sarebbe esperibile, ciò che non è affatto vero. Sul punto la Cassazione, con sentenza n. 2614/1990, ha precisato, in relazione al giudizio di responsabilità contabile, che la circostanza che sia pendente processo penale per i medesimi fatti e che in tale processo l'amministrazione danneggiata si sia costituita parte civile, non attiene alla sussistenza della giurisdizione di detta Corte, ma solo alle modalità del suo concreto esercizio (eventuale sospensione del giudizio contabile), e, pertanto, non è deducibile con istanza di regolamento preventivo di giurisdizione.

C) Ad avviso della Cassazione "è in questo quadro di principi generali che deve essere perciò letta anche la disposizione dell'art. 16-bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31 (che ha convertito il d.l. 31 dicembre 2007, n. 248), la quale ha introdotto per le società quotate un'eccezione alla giurisdizione contabile da riferire, appunto, alla sola area in cui detta giurisdizione risulterebbe altrimenti applicabile".

Si ha difficoltà a comprendere l'asserita prevalenza "di principi generali", contenuti in norme legislative ordinarie, su una norma derogatoria di pari livello il cui significato non lascia adito a dubbi di sorta.

Secondo i comuni canoni dell'interpretazione "a contrario" se, come testualmente recita la norma, "per le società con azioni quotate con partecipazione pubblica, inferiore al 50 per cento, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile", può senz'altro dedursi che, in tutti gli altri casi, tale responsabilità non è "regolata dalle norme del diritto civile" bensì dalle norme pubblicistiche sulla responsabilità amministrativa, ovviamente quando ne ricorrano i presupposti e non si tratti di tutelare interessi meramente privati. Ciò in quanto si rientra nell'ipotesi di carattere generale prevista dall'art. 103, comma 2, della Costituzione, secondo cui "la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica", risultando anche sussistente la "*interpositio legislatoris*" attuata attraverso la citata norma. D'altra parte la stessa Cassazione ammette esplicitamente per le società quotate un'eccezione alla giurisdizione contabile, salvo poi negarne la sussistenza, equivocando sulla latitudine della norma, con erronea attribuzione di un ristretto campo d'applicazione.

D)La Cassazione ha giustamente osservato che “le società *in house* hanno della società solo la forma esteriore”. In realtà, tale carattere è da considerare insito in tutte le società costituite, in alternativa a quelle *in house*, con partecipazione totalitaria (o anche prevalente) per il conseguimento di finalità di pubblico interesse.

Sul punto della mera formalità della veste esteriore di tali società, è opportuno citare la delibera n. 119/2011 della Sezione del controllo per il Piemonte, riguardante alcuni comuni, soci con partecipazione totalitaria di una società, che intendevano contrarre un mutuo, al fine di realizzare interventi di ripristino ambientale e che si interrogavano sulla possibilità di assumere l'onere di restituzione di tale mutuo a favore della società di cui erano azionisti.

Orbene, la Sezione della Corte ha giustamente osservato che “l'operazione così come prospettata, in sostanza, ai fini della contabilità pubblica, si presenta come una forma d'indebitamento dell'ente locale, poiché il ridetto mutuo, benché formalmente contratto da una società interamente partecipata da enti locali, viene fatto gravare sui bilanci di questi ultimi. Vengono dunque in rilievo le norme che disciplinano e limitano l'indebitamento degli enti locali e, *in primis*, l'art. 119, comma 6 della Costituzione (introdotto dalla legge cost. n. 3/2001), che ne ammette l'indebitamento solo per finanziare spese di investimento”.

E)La normativa di riferimento riguardante la materia, che milita a favore della giurisdizione della Corte dei conti, in quanto finalizzata a tutelare esigenze chiaramente di natura pubblicistica, è stata citata espressamente dalla Cassazione nella sentenza in esame - art. 2 d.l. 7 maggio 2010, n. 52 (convertito con modificazioni dalla legge 6 luglio 2012, n. 94); art. 147-quater del testo unico sugli enti locali (articolo introdotto dal d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213); art. 4 comma 12, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135), dove si parla testualmente di “danno erariale” - ma è stata ritenuta irrilevante. in virtù della presunta e non dimostrata prevalenza di un “quadro coerente di principi giuridici che sono a fondamento del sistema ordinamentale”, di natura privatistica, che informano il diritto societario.

Fermo restando che, per il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti sarebbe di per sé sufficiente la citata disposizione

contenuta nell'art. 16-bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31, si aggiunge che anche la recentissima normativa in materia conferma tale giurisdizione.

A tale proposito è opportuno citare la delibera n. 21/2013 della Sezione delle autonomie della Corte dei conti, secondo cui "l'evoluzione normativa degli organismi partecipati dagli enti locali si caratterizza per l'imposizione di vincoli sempre più stringenti al fenomeno della esternalizzazione dei servizi pubblici locali e delle funzioni strumentali alle attività istituzionali delle amministrazioni locali. Il legislatore nazionale ha disposto una serie di misure che conducono a una sorta di "pubblicizzazione" delle società partecipate dagli enti locali, che sono state assoggettate agli stessi obblighi previsti per gli enti proprietari, ad esclusione di quelle quotate nei mercati regolamentati. Tali misure riguardano l'intero universo degli organismi partecipati dagli enti locali e, in modo particolare, si concretizzano nei vincoli alla spesa di personale e nella soggezione alle regole del patto di stabilità interno, nell'intento di contenere i fenomeni elusivi dei vincoli di finanza pubblica".

Dall'analisi della più recente normativa, risulta di particolare rilievo l'art. 1 della legge n. 147 del 27 dicembre 2013 (legge di stabilità 2014) la quale, preso atto delle forti resistenze incontrate sul territorio in sede di attuazione dell'obbligo generalizzato di dismissione delle società pubbliche con i conti dissestati, da parte dei comuni con meno di 30.000 abitanti, ha disposto con art. 1, comma 561, l'abrogazione dell'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010 che prevedeva tale obbligo. La legge di stabilità 2014 ora prevede che gli enti locali con qualsiasi numero di abitanti potranno gestire le loro partecipazioni alle società con l'osservanza di sani criteri di discrezionalità amministrativa. Ciò vale sia per le società affidatarie di servizi pubblici locali, sia per le società strumentali.

Per raggiungere gli improcrastinabili obiettivi di un risanamento finanziario, nell'ambito della gestione di migliaia di società partecipate, di cui molte caratterizzate da una gestione fortemente deficitaria, la legge di stabilità ha introdotto una serie di stringenti misure, coercitive e sanzionatorie, con l'espressa previsione di ipotesi di "responsabilità erariale" (art. 1, commi 551, 552, 554, 555).

Va sottolineato - ad ulteriore dimostrazione dell'intimo rapporto fra il patrimonio della società partecipata e quello dell'ente pubblico azionista, totalitario o maggioritario - l'immediato obbligo per tale ente pubblico, nel caso di esercizio societario deficitario, di accantonare nel proprio bilancio un apposito fondo vincolato, d'importo pari alla perdita d'esercizio, proporzionalmente alla quota di partecipazione.

4) Una riflessione conclusiva.

Come già osservato nel citato articolo dello scrivente in data 16 ottobre 2012, 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. Ora, sembra peccare di una certa ingenuità la pretesa che soggetti appartenenti alla stessa "cordata" si attivino in sede giudiziaria civile, gli uni contro gli altri, per il risarcimento di danni erariali spesso di rilevante ammontare.

Risulta pertanto assolutamente indispensabile, per una efficace tutela del pubblico erario, specie in un periodo nel quale si comprimono per motivi di bilancio insopprimibili esigenze di carattere sociale nei confronti dei soggetti più bisognosi, che venga mantenuta integra la competenza del pubblico ministero contabile, caratterizzata dai fondamentali canoni, di rilievo costituzionale, dell'indipendenza e della autonomia, ad intraprendere l'azione di responsabilità amministrativo-contabile in materia.

In caso contrario, non rimane che prendere atto di una situazione caratterizzata dalla sostanziale impunità dei responsabili di atti di *mala gestio* nell'ambito delle società partecipate, riproducendosi la stessa situazione di impunità dei responsabili degli enti pubblici economici che si è verificata per tutto il lunghissimo periodo di

tempo durante il quale la Cassazione ha negato la giurisdizione del giudice contabile a favore del giudice ordinario, con la conseguenza che non risulta sia stata mai effettuata un'azione civile nei loro confronti. A tale proposito, va ricordata l'ordinanza n. 19667/2003, con la quale la suprema Corte ha riconosciuto che "la timida" (*rectius*: inesistente) "attività giudiziaria dell'ente danneggiato poteva risolversi in un sostanziale esonero da responsabilità".

Le dimensioni del problema appaiono chiare se si considerano i dati forniti nel recentissimo "Rapporto sulle partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche" del dicembre 2013, da parte del Ministero dell'economia e finanze, peraltro limitati al 2011 e largamente deficitari, per la mancata trasmissione di notizie in merito da parte di circa il 60 % dei Comuni medio-piccoli, circostanza questa di cui tenere particolare conto nella valutazione dei dati, considerato che "le partecipazioni detenute dalle amministrazioni locali rappresentano il 98% di quelle complessivamente rilevate per il 2011", come precisato dallo stesso Ministero.

Da tale rapporto, pur nella sua incompletezza, risulta di già un dato particolarmente allarmante e cioè che "sono state censite circa 7.300 società e sono stati individuati oltre 30.100 "legami" (di cui 24.500 partecipazioni dirette e 5.500 partecipazioni indirette) tra queste e le amministrazioni pubbliche", con perdite di esercizio dell'ammontare di miliardi di euro.

Roma 21 gennaio 2014

Antonio VETRO

(Presidente on. Corte dei conti)