



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

FASCICOLO N. 7-9/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Enrico Carloni, Francesco Castiello, Salvatore Cimini, Caterina Cittadino, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Di Pace, Francesca Gagliarducci, Gianluca Gardini, Stefano Gattamelata, Maurizio Greco, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Francesco Saverio Marini, Gerardo Mastrandrea, Pierluigi Matera, Francesco Merloni, Riccardo Nobile, Luca Palamara, Giuseppe Palma, Germana Panzironi, Simonetta Pasqua, Filippo Patroni Griffi, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Helene Puiat, Umberto Realfonzo, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Federico Titomanlio, Alessandro Tomassetti, Antonio Uricchio, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Carlo Rizzo, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

Il regime giuridico delle società partecipate dallo Stato tra controlli e giurisdizione contabile.

Il caso della Consap spa

di Paola Serafino

Sommario

1. Il regime giuridico delle società partecipate; 2. Il dibattito sulla natura giuridica delle società partecipate; 3. Il problema della giurisdizione della Corte dei conti sulle società partecipate; 4. Le forme del controllo della Corte dei conti sulle società partecipate dallo Stato; 5. Il caso CONSAP spa.

1. Il regime giuridico delle società partecipate

L'aspetto più evolutivo del fenomeno delle imprese pubbliche è rappresentato dalle società di capitali a totale o parziale partecipazione pubblica.

In alcuni casi le società sono espressamente costituite, anche su puntuale previsione legislativa, o ex novo o attraverso la c.d. privatizzazione, cioè la trasformazione di enti pubblici economici o finanche di aziende; in altri casi l'ente pubblico acquisisce appositamente partecipazioni in preesistenti società di capitali.

In tutti questi casi, titolare dell'impresa è formalmente un soggetto di diritto privato, cioè una società di capitali che opera secondo le norme del diritto civile e commerciale.

L'impresa è, però, pubblica da un punto di vista economico, in quanto è pubblica quella parte di capitale che assicura la maggioranza nell'assemblea e consente di determinare gli indirizzi della gestione.

Le società a partecipazione pubblica sono soggette ad una disciplina particolare: l'art. 2449 c.c. (come modificato dal d.lgs. 6/2003) prevede che, ove lo Stato o altro ente pubblico abbia partecipazioni azionarie, l'atto costitutivo possa ad esso conferire la facoltà di nominare amministratori o sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, nonché di revocarli.

Questa eventualità è consentita dall'art. 2450 c.c. anche quando l'ente non abbia partecipazioni azionarie, allorché così disponga la legge o l'atto costitutivo¹.

¹ Si noti che le disposizioni citate nel testo devono essere osservate anche dalle regioni, le quali non possono legiferare nella materia del diritto privato e quindi, ad esempio, in materia di nomina degli amministratori: ove decidano (e l'esperienza recente ha mostrato una pluralità di esempi in tal senso) di ricorrere allo strumento societario, devono utilizzare il modello comune. Gli amministratori ed i sindaci di nomina pubblicistica si trovano in una assai delicata situazione di dipendenza nei confronti dell'ente pubblico, in quanto, mentre soggiacciono alle direttive di quest'ultimo, devono anche realizzare l'interesse sociale.

A livello locale la società a partecipazione pubblica si presenta come una soluzione per i problemi relativi all'attività della pubblica amministrazione riguardanti la gestione dei servizi pubblici².

2. Il dibattito sulla natura giuridica delle società partecipate

Il discorso sulla natura giuridica delle società partecipate, ancorché sia giunto a conclusioni sostanzialmente coincidenti, si è sviluppato su due direttrici autonome rivolte, per finalità diverse, alla definizione di due distinti aspetti di una medesima realtà.

Infatti, da un lato, nell'ambito del fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici economici ed in genere delle imprese pubbliche, si è tentato di affermare l'irrilevanza della modifica della veste giuridica, da ente pubblico a società privata, ai fini della permanenza del controllo sulla gestione economico-finanziaria già svolto dalla Corte dei conti in funzione del successivo controllo politico parlamentare.

Dall'altro, più in generale per tutte le società partecipate, si è discusso — rendendo le mosse da quelle preposte alla gestione di servizi pubblici — se esse possano rientrare in una visione estesa di pubblica amministrazione con sottoposizione tra l'altro al regime di responsabilità gestoria di tipo amministrativo conosciuta dalla Corte dei conti.

Come preannunciato, le due direttrici hanno trovato un momento di sintesi, potenzialmente evolutivo, nella convinzione dell'afferenza delle società *de quibus* al settore amministrativo, in ragione della loro natura di soggetti attivi delle gestioni pubbliche.

L'emersione nello scenario economico delle società partecipate ha sollevato in dottrina e in

² In merito, M. FRANCESCA, *Società miste per la gestione dei servizi pubblici locali e regole di mercato: prime riflessioni*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1999.

giurisprudenza un vivace dibattito concernente il problema qualificatorio e, quindi, la natura giuridica delle stesse.

Le perplessità derivano dal fatto che non è chiaro se la veste societaria calata su tali organizzazioni sia sufficiente ad escludere la natura pubblicistica e ad attrarle nella sfera del diritto comune.

Si confrontano sul tema due tesi: l'una privatistica, secondo cui si tratterebbe di società di natura interamente privatistica, sottoposte esclusivamente alla disciplina delle società commerciali³; l'altra pubblicistica, secondo cui la veste societaria sarebbe solo una «maschera» dietro la quale si cela una struttura strettamente collegata all'amministrazione pubblica, in rapporto di strumentalità.

A supporto di tale ultima tesi si rimarca lo sviluppo, sul piano nazionale, delle s.p.a. dette «anomale» di cui si è già argomentato, le quali, piuttosto che forma organizzativa dell'impresa, sono strumenti deputati a svolgere funzioni pubbliche, privi del carattere dell'imprenditorialità; ossia, in sostanza, veri e propri enti strumentali costituiti in forma societaria.

La Cassazione, che inizialmente sembrava seguire la tesi privatistica, qualificando le società a partecipazione pubblica locale quali soggetti di diritto privato del tutto distinti dall'amministrazione pubblica⁴, in seguito alla netta posizione contraria espressa dal Consiglio di Stato⁵, ha finito per modificare il suo orientamento, nel senso della qualificazione di tali soggetti quali enti pubblici, soggetti a disciplina speciale.

Giova evidenziare che la definizione della natura giuridica delle società partecipate non si risolve in un mero problema qualificatorio, risul-

tando invece indispensabile per l'applicabilità della normativa comunitaria in materia di appalti, nonché per la risoluzione di particolari questioni in punto di giurisdizione.

3. Il problema della giurisdizione della Corte dei conti sulle società partecipate

Connessa a tale problema è in particolare la questione circa l'ammissibilità della giurisdizione della Corte dei conti sulle responsabilità amministrative concernenti tali società, che avrebbe senso solo se esse si atteggiino quali «amministrazioni», o se almeno sia configurabile un rapporto tecnicamente qualificabile come intercorrente «tra amministrazioni» (quella «di appartenenza», da un lato, e quella «diversa», dall'altro).

Sul punto si è pronunciata sia la dottrina⁶ che la giurisprudenza⁷ ed in particolare il giudice delle giurisdizioni⁸. L'orientamento *de quo* è stato poi avallato dal legislatore (es. 593 l. finanz. 2007), che ha finanche previsto un'ipotesi di

⁶ L. VENTURINI, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in Riv. C. conti n. 6/2001, pag. 294. In dottrina per una critica al collegamento della giurisdizione contabile con l'autoritarità della gestione v. S. PILATO, *L'effettività della tutela nella nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, in Riv. C. conti n. 2/02, pag. 348.

⁷ C. conti sez. Marche 23 aprile 2002 n. 469, est. Bronzini, in Riv. C. conti n. 2/02, pag. 213.

⁸ Le Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, con sentenza n. 19667/03 in data 22 dicembre 2003, hanno affermato che «sono attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art.1 ultimo comma della legge n. 20 del 1994, anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici, ancorché sotto la forma di società di diritto privato controllate dallo Stato o da ente pubblico autarchico. Infatti l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato... ».

³ R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998.

⁴ Sentenza 27 marzo 1997, n. 2738.

⁵ Decisione, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478. Analogamente, C.d.S., sez. VI, n. 1206/2001; C.d.S., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090; C.d.S. 24 settembre 2001, n. 5007; C.d.S., sez. VI 17 settembre 2002, n. 4771 su Enel s.p.a.

responsabilità di amministratori di società partecipate.

Tale posizione era stata invero già affermata, per quanto di sua competenza dal giudice penale, secondo cui la privatizzazione delle amministrazioni pubbliche non fa venir meno la loro natura pubblicistica con il conseguente persistere per i loro dipendenti della qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

Va osservato un orientamento restrittivo, che tende a ridurre l'ambito della cognizione della Corte dei conti, limitandolo alle società con un regime differenziato⁹.

Inoltre è stata espressamente esclusa per legge la giurisdizione della Corte dei conti sulle società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate (art. 16-bis D.L. conv. con modif. L. n. 31/2008); tale disposizione, peraltro non retroattiva, indirettamente però conferma l'attribuzione della giurisdizione sulle restanti società partecipate, nonché sulle rispettive controllate, alla Corte dei conti, tanto più che prevede la inapplicabilità della novella ai giudizi in corso.

Resta comunque il problema se la giurisdizione sulle società partecipate sia limitata alla percentuale di partecipazione¹⁰ o tuteli l'intera società¹¹.

Appare condivisibile un recente orientamento¹² che coglie una differenziazione ontologica tra le varie tipologie di società di capitali a participa-

zione pubblica¹³, distinguendo le società cc.dd. in mano pubblica¹⁴, da quelle sottoposte a con-

¹³ S. AURIEMMA, *L'incidenza del danno, quale criterio di collegamento per la giurisdizione sulle società per azioni partecipate da ente pubblico*, in Riv. C. conti, n. 3/2010.

¹⁴ In tale gruppo si inquadrano le società (in mano pubblica) costituenti forme di decentramento organizzatorio della pubblica amministrazione, di cui espletano compiti istituzionali, in particolare nel settore dell'esercizio di funzioni pubbliche e della gestione dei pubblici servizi, a volte consorziali, talché spesso godono anche di un regime privilegiato negli affidamenti (diretti, senza gara) di appalti pubblici (le cc.dd. società in house, puro e spurio); esse generalmente sono a partecipazione pubblica totalitaria o almeno assolutamente maggioritaria, talché la veste privatistica non può costituire uno schermo alle comuni responsabilità gestorie. In tal senso C. conti sez. Sicilia 26 ottobre 2011 n. 3488, secondo cui "Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti per i danni cagionati dall'amministratore a società di capitali a totale partecipazione pubblica. Ciò in quanto, nei casi in cui al capitale sociale partecipino solo soggetti pubblici, le argomentazioni che traggono spunto dalla (senz'altro sussistente) distinzione tra patrimonio di questi ultimi e patrimonio sociale appaiono il prodotto di una sofisticata ricostruzione che finisce, però, senza apprezzabili contropartite (ordinato esplicarsi di rimedi giudiziali concorrenti), per degradare l'azione pubblica di responsabilità amministrativa a mezzo di reazione al mancato esercizio dei diritti di socio da parte di colui che, in seno all'Amministrazione partecipante al capitale, era investito del pertinente potere. E non utilizzandola, invece, per reprimere la condotta primaria dell'amministratore della società che ha cagionato un danno patrimoniale che, in ragione del peculiare assetto dell'azionariato, è soggetto ad un fenomeno osmotico che ne determina la risalita immediata nella sfera del socio". Ugualmente C. conti I sez. centr. 21/09/2011 n. 4, est. Loreto, per cui la partecipazione totalitaria in una s.p.a. da parte di un ente pubblico è condizione sufficiente a radicare la giurisdizione contabile "Pur non ignorandosi l'orientamento giurisprudenziale successivo alla sentenza della Cassazione n. 26806/2009, che per le società partecipate ha fissato un nuovo criterio di discriminare in tema di giurisdizione, stabilendo che occorre fare una distinzione fra danno al patrimonio della società e danno all'ente partecipante, occorre comunque sottolineare che questo criterio non è esclusivo che tra l'altro nella fattispecie all'esame la società è interamente partecipata dall'ente pubblico e quindi il danno al patrimonio della società strumentale si riverbera in un danno al patrimonio dell'ente pubblico titolare della partecipazione esclusiva". Contra Cass. SS.UU. 12 ottobre 2011, n. 20940 e n. 20941.

⁹ Cass. SS.UU.CC. 12 ottobre 2011 n. 20940/11, est. Rordorf. Nello stesso senso C. conti sez. App. Sicilia 30 luglio 2010 n. 201/A, est. Savagnone.

¹⁰ C. conti sez. Lombardia 4 marzo 2008, n. 135/2008, est. Atelli

¹¹ C. conti sez. I, 3 dicembre 2008 n. 532/2008 A, est. Loreto.

¹² M. SCIASCIA "Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica", Giuffrè, Milano, 2 ediz., 2013.

trollo azionario direzionale¹⁵ e da quelle a semplice partecipazione minoritaria¹⁶.

In tal modo nelle società del primo gruppo, assimilabili ai veri e propri enti pubblici, può ben trovare applicazione il regime di responsabilità gestoria (analogo a quello vigente nel settore pubblico) a carico di tutti gli amministratori e funzionari della società medesima per l'eventuale intero danno perpetrato¹⁷, mentre in

¹⁵ In questo gruppo si ritrovano le società di capitali assoggettate a controllo azionario direzionale (per motivi eminentemente strategici in settori di rilievo per la Comunità) da parte di pubbliche amministrazioni, in posizione dominante pur con quota complessiva di capitale generalmente minoritaria, che svolgono attività esclusivamente imprenditoriali di tipo produttivo in regime di assoluta concorrenza; esse certamente sono estranee alla nozione di pubblica amministrazione, anche se la partecipazione pubblica non risulta irrilevante sia a livello del controllo referente (della Corte dei conti ai sensi dell'art. 100 co. 3° Cost., limitatamente allo Stato), alla pari della precedente categoria, che a quello della giurisdizione di responsabilità gestoria, alla pari della successiva categoria.

¹⁶ Nel gruppo sono ricomprese le restanti società di capitali, in cui la partecipazione pubblica (giustificata da esclusivi motivi di investimento o di sostegno improprio) è del tutto minoritaria in mancanza del c.d. controllo azionario (a carattere direzionale) pubblico; esse, ancora più lontane dalla nozione pur ampia di P.A., non sono assoggettate ad alcun controllo anche referente (della Corte dei conti), anche se risulta applicabile parzialmente il regime di responsabilità gestoria (salvo che per quelle quotate in borsa, così come espressamente disposta dall'art. 16-bis D.L. conv. con modif. L. n. 3/2008).

¹⁷ Sostanzialmente in tal senso sembra Cass. SS.UU.CC. 12 ottobre 2011 n. 20940/11, est. Rordorf, per cui è esclusa la giurisdizione della Corte dei conti sulle società del genere, ma *"fa eccezione l'ipotesi in cui si tratti di una società di diritto speciale, soggetta ad un regime normativo che, al di là della veste esterna di società azionaria, valga ad assimilarla ad un vero e proprio ente pubblico (come nel caso della RAI: cfr. n. 27092 del 2009)".* Ha fissato poi i criteri relativi C. conti III sez. centr. 29/09/2011 n. 642, che ha affermato la sussistenza della giurisdizione contabile per i danni – nella specie per un incarico esterno – cagionati dal suo Presidente a *"Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a."* *"Invero, la compresenza di tutta una serie di elementi – quali la sussistenza di una specifica normativa (che disciplina denominazione, funzioni, modalità di nomina degli organi societari), il perseguimento di peculiari attività e finalità di interesse pubblico, un pregnante*

quelle del secondo e del terzo gruppo una responsabilità gestoria può ipotizzarsi solo nei confronti dei rappresentanti degli enti partecipanti alla *"governance"* (amministratori e sindaci) societaria in ragione di eventuali pregiudizi incidenti sul valore della quota azionaria con una limitazione percentuale.

Su questa linea sembra muoversi di recente la Corte di Cassazione, che si sforza così di trovare un equo bilanciamento tra le varie esigenze di tutela compresenti nelle vicende del genere¹⁸. Invero le Sezioni Unite della Cassazione – nel prendere atto della differenza non solo normativa ma anche e soprattutto ontologica tra i vari tipi di partecipate – giunge ad ammettere la giurisdizione contabile per danni al riguardo delle società cc.dd. in house providing, cioè quelle che sono dirette statutariamente a fornire servizi prevalentemente a favore degli enti pubblici che appositamente le costituiscono come loro articolazioni funzionali, tanto da mantenere su di esse un controllo *"analogo"* a quello svolto nei confronti dei propri uffici e comunque diverso dal controllo direzionale spettante agli azionisti.

Essa tende a delineare un quadro preciso delle caratteristiche delle società in house providing. *"Poche brevi osservazioni paiono ancora opportune per meglio puntualizzare le tre caratteristiche salienti della società in house. In ordine alla prima di esse giova ricordare come già la giurisprudenza Europea abbia ammesso la possibilità che il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, purché si tratti sempre di enti*

sistema di vigilanza e indirizzo da parte dell'Amministrazione pubblica, l'assoggettamento al controllo della Corte dei Conti, la provenienza pubblica dei fondi e la possibilità di apporti finanziari a ripiano da parte dell'unico azionista pubblico nonché la previsione di evidenti limitazioni nell'esercizio dell'attività finanziaria della società – determina il Collegio a configurare l'assetto dell'Istituto come mero frutto del potere di autoorganizzazione dell'Amministrazione pubblica e, di conseguenza, la natura sostanzialmente pubblica dell'IPZS s.p.a."

¹⁸ Cassazione civile, Sez. Unite, 25 novembre 2013, n. 26283

pubblici (si vedano le sentenze della Corte di giustizia 10 settembre 2009, n. 573/07, *Sea*, e 13 novembre 2008, n. 324/07, *Coditel Brabant*), e come nel medesimo senso si sia espresso, del tutto persuasivamente, anche il Consiglio di Stato (si vedano, tra le altre, le pronunce n. 7092/10 ed 8970/09). È quasi superfluo aggiungere che occorrerà pur sempre, comunque, che lo statuto inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari.

Il requisito della prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società, pur presentando innegabilmente un qualche margine di elasticità, postula in ogni caso che l'attività accessoria non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi. Ma, come puntualizzato da Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 439 (anche sulla scorta della giurisprudenza comunitaria: si veda, in particolare, la sentenza della Corte di Giustizia 11 maggio 2006, n. 340/04, *Carbotermo*), non si tratta di una valutazione solamente di tipo quantitativo, da operare con riguardo esclusivo al fatturato ed alle risorse economiche impiegate, dovendosi invece tener conto anche di profili qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l'attività accessoria eventualmente si ponga. In definitiva - e segnatamente per quel che interessa ciò che si andrà a dire in ordine alla reale natura delle società in house ai fini del riparto di giurisdizione - quel che soprattutto importa è che l'eventuale attività accessoria, oltre ad essere marginale, rivesta una valenza meramente strumentale rispetto alla prestazione del servizio d'interesse economico generale svolto dalla società in via principale. Quanto infine al requisito del cosiddetto controllo analogo, quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in hou-

se i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica. L'espressione "controllo" non allude perciò, in questo caso, all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante autonomia gestionale (si vedano, in tal senso, le chiare indicazioni di Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, e della conforme giurisprudenza amministrativa che ne è seguita).

Le caratteristiche ora sommariamente descritte - e soprattutto la terza - bastano a rendere evidente l'anomalia del fenomeno dell'in house nel panorama del diritto societario.

È già anomalia non piccola il fatto che si abbia qui a che fare con società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato. Forse entro certi limiti una siffatta anomalia la si potrebbe ancora giustificare, in un contesto storico nel quale la causa lucrativa delle società di capitali è andata via via sbiadendosi in favore di una concezione che vede in quelle società dei modelli organizzativi utilizzabili per scopi diversi. Ma ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi or-

gani al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale".

Da tali considerazioni si ricava che quelle in house "hanno della società solo la forma esteriore ma, come s'è visto, 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, che si è visto essere una delle caratteristiche salienti del fenomeno dell'in house, non giustificerebbe una conclusione diversa nei due casi, né quindi un diverso trattamento in punto di responsabilità e di relativa giurisdizione".

A seguito di tali conclusioni la Cassazione si spinge ad alcune affermazioni che possono apparire eccessive e potenzialmente pericolose non solo sotto il profilo della teoria generale, ma anche sotto altri aspetti applicativi.

Infatti giunge a sostenere che "se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, è gioco forza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in que-

sto caso, il danno eventualmente inferito al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, 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".

Dal punto teorico è stato contestato siffatto inquadramento da un'autorevole dottrina giurisdizionalistica¹⁹, che merita ogni considerazione per essere animata da spirito costruttivo specie nei confronti della Corte dei conti.

Essa parte dalla considerazione che "la separazione del patrimonio unitario, nel nostro ordinamento, è un fenomeno caratterizzato dal vincolo di destinazione specifico, cui una pluralità di rapporti giuridici attivi e passivi, che possono fare capo ad una o più persone fisiche o giuridiche, è indirizzato.

La funzione alla quale detti rapporti sono chiamati evidenzia come essi debbano essere costituiti in unità e tenuti distinti dagli altri rapporti attivi e passivi di cui le stesse persone siano "domini" e rende il patrimonio vincolato. La possibilità convenzionale di creare patrimoni separati è preclusa all'autonomia privata dal sistema di cui all'art. 2740 c.c., che tuttavia consente la deroga per espressa previsione legislativa".

Si osserva così che "Le sezioni unite hanno coniato in via giurisprudenziale e senza una previsione normativa una sorta di patrimonio separato, destinato ad uno specifico affare (la gestione di un servizio pubblico), a guisa della fenomenologia contemplata dall'art. 2447 bis e ss., c.c.".

¹⁹ F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle società in house providing*, in *Le società, Processo, arbitrato e mediazione* n. 1/2014, pagg. 61 segg.

Si conclude negando che sia ammissibile “in assenza di norma espressa, considerare la società in house un patrimonio separato sprovvisto di autonoma personalità e di alterità soggettiva rispetto al socio”, ancorché si ritenga possibile giuridicamente che un’azione di responsabilità erariale “deve e può passare attraverso le regole e l’ordinamento del diritto delle società”.

Non è questa la sede dove prendere posizione sul dibattito di teoria generale in tal modo autorevolmente posto, ma va rilevato che altre conseguenze d’ordine pratico potrebbero insorgere dall’impostazione prescelta dalla Cassazione nella più volte citata sentenza n. 26283, quali la c.d. confusione patrimoniale con coinvolgimento degli enti pubblici nelle vicende debitorie e fallimentari della società in house.

Comunque la sentenza in discorso ha il merito di fare chiarezza sui limiti della giurisdizione contabile nei confronti di tale fenomeno in continua evoluzione.

Resta fermo che nelle restanti società partecipate una responsabilità gestoria può ipotizzarsi – oltre che nelle vertenze riguardanti i danni arrecati in via diretta al patrimonio dell’ente pubblico partecipante - solo nei confronti dei rappresentanti degli enti partecipanti alla “*governance*” (amministratori e sindaci) societaria in ragione di eventuali pregiudizi incidenti sul valore della quota azionaria con una limitazione percentuale, anche se non è ancora ben definito in giurisprudenza il problema se la giurisdizione sulle società partecipate sia limitata alla percentuale di partecipazione o tuteli l’intera società.

4. Le forme del controllo della Corte dei conti sulle società partecipate dallo Stato

Le società partecipate dallo Stato, a differenza di quelle partecipate dagli enti territoriali, sono altresì sottoposte al controllo della Corte dei conti, ai sensi dell’art.12 della legge 21.3.1958, n. 259.

Detto controllo è previsto dalla Costituzione all’art. 100 co. 3°, laddove si dispone che la Corte dei Conti partecipa al controllo sugli enti sovvenzionati dallo Stato. Esso trova poi la sua disciplina positiva nella legge 21 marzo 1958 n. 259. Nell’esercizio di tale funzione di controllo sulla gestione, la Corte controlla:

- gli enti che godono di contribuzione periodica a carico dello Stato;
- gli enti che si finanziano con imposte, contributi, tasse che sono autorizzati ad imporre;®
- gli enti che godono di un apporto al patrimonio in capitale, servizi, beni ovvero mediante concessione di garanzia;
- le società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni, fino a quando permanga la partecipazione maggioritaria dello Stato o degli altri pubblici poteri, al capitale sociale (Corte costituzionale sentenza 28 dicembre 1993 n. 466 resa in seguito a conflitto di attribuzioni sollevato dalla Corte dei conti).

In tale sede la Corte dei conti vigila affinché gli enti che gestiscono ingenti quote di risorse pubbliche si attengano a parametri di legittimità ed improntino la loro gestione a criteri di efficacia ed economicità.

La legge 21 marzo 1958 n. 259 ha previsto due modalità di controllo:

- quello svolto direttamente dall’apposita articolazione della Corte dei conti (sezione controllo enti);
- quello svolto da un magistrato della Corte (art.12) che partecipa alle sedute degli organi di amministrazione e revisione dell’ente.

In entrambi i casi il controllo che è sia di legittimità che di merito, è concomitante, cioè si svolge nel corso della gestione dell’ente, ed ha per oggetto l’intera gestione finanziaria ed amministrativa dell’ente stesso.

La Corte, in caso di accertata irregolarità nella gestione di un ente, può in ogni momento formulare i propri rilievi al Ministro del tesoro

(ora dell'Economia e delle Finanze) e al Ministro competente (art. 8 legge 1958/259).

Al termine di ogni esercizio finanziario la Corte dei conti adotta una pronuncia nella quale effettua le proprie valutazioni sulla gestione finanziaria dell'ente controllato. La relazione viene inviata, oltre che al Parlamento per il suo controllo politico finanziario, anche all'ente controllato, nonché ai Ministeri vigilanti per far loro adottare i provvedimenti necessari a rimuovere le eventuali irregolarità contabili, amministrative e gestionali riscontrate nonché per migliorare la gestione.

Il controllo sugli enti sovvenzionati è un controllo che differisce sia dal controllo di legittimità (preventivo o successivo) su atti sia dall'ordinario controllo sulla gestione, essendo partecipe dei caratteri sia dell'uno che dell'altro. La Corte costituzionale italiana, ha ritenuto che la Corte dei conti nell'esercizio della funzione di controllo sugli enti, rappresentata dal Presidente della Corte dei conti, è potere dello Stato legittimato a sollevare conflitto di attribuzione con gli altri poteri dello Stato (Corte costituzionale sentenza n. 457 del 23 dicembre 1999).

5. Il caso CONSAP spa

Delineato il complesso quadro ordinamentale concernente le società partecipate dallo Stato, va rilevato che la "Concessionaria per i servizi assicurativi pubblici s.p.a." costituisce un chiaro esempio di società istituita per gestire servizi pubblici, prevalentemente nel settore assicurativo.

Essa costituisce l'erede dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni (Ina); l'atto di scissione dell'Ina Spa fu stipulato il 24.9.1993 ed iscritto presso il Tribunale di Roma il 30.9.1993, con effetto dal 1 ottobre dello stesso anno.

A seguito della predetta scissione la Consap spa è subentrata nella totalità delle situazioni e dei rapporti giuridici relativi alle seguenti attività e

funzioni di interesse pubblico che oggi costituiscono, solo in parte, l'oggetto sociale della stessa: - cessioni legali;

- Fondo di previdenza personale addetto alle gestioni delle imposte di consumo; - Riassicurazione rischi agricoli speciali e gestione Ciras (Consorzio Italiano Rischi Agricoli Speciali); - Conto Consortile R.C. Auto e Natanti; - Fondo di Garanzia per le Vittime della Strada; - Fondo di Garanzia per le Vittime della Caccia; - Fondo di Solidarietà per le Vittime dell'estorsione; - Fondo di Garanzia per i mediatori di assicurazione e riassicurazione. Con decreti ministeriali in data 4 febbraio 1994 il Ministero dell'industria ha approvato i disciplinari delle singole gestioni speciali attribuite alla Consap a titolo di concessione, ai sensi dell'art. 14 del decreto legge n. 333/1992, convertito con la legge 8.8.1992 n. 359.

A tali missioni tradizionali, si sono di recente aggiunte altre di estremo rilievo nel campo assicurativo, quali la camera di compensazione.

Pur essendo assoggettata alla disciplina prevista dal codice civile per questo tipo di soggetto giuridico, è rimasta pur sempre organismo rientrante tra gli enti privati in mano pubblica.

L'organizzazione della Consap è articolata secondo il modello tradizionale con l'Assemblea dei Soci, il Consiglio di Amministrazione ed il Collegio Sindacale. L'attività di controllo contabile, prima affidata al Collegio Sindacale, è stata conferita, a partire dall'esercizio 2007, ad una società di revisione.

La Consap - in quanto società per azioni il cui capitale è interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, originatasi come innanzi riferito dalla scissione parziale dell'Ina spa (ex ente pubblico) - è altresì sottoposta al controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'art.12 della legge 21.3.1958, n. 259.

Nell'esercizio di tale funzione di controllo la Corte dei conti ha presentato per ogni esercizio finanziario una relazione, in cui ha analizzato la

gestione della Consap spa, che è stata riscontrata come sana e sostanzialmente corretta. Anzi, ha avuto modo di rilevare un rinnovato generale interesse del Governo e del Parlamento per l'ambito assicurativo pubblico. Questo, invero, sollevando nel contempo la comunità da oneri rilevanti, specie per esigenze collegate all'emergenza, presenta indubbie potenzialità in quei settori caratterizzati da un elevato rischio, dovuto sia a ragioni oggettive che soggettive, il quale rende concretamente difficile e quindi economicamente poco conveniente l'accesso al sistema assicurativo privato.

Né va dimenticata l'esigenza di garanzia oggettiva nell'interesse pubblico in ordine ad attività di certificazione e di gestione offerta da una partecipata pubblica quale la Consap spa nello specifico settore.

In tale prospettiva la Consap spa è indubbiamente sottoposta alla giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti, trattandosi di un ente, in forma societaria, che gestisce pubblici servizi.