



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL PIEMONTE

Delibera n. 359/2013/SRCPIE/PAR

La Sezione Regionale di Controllo per il Piemonte, nella camera di consiglio del 23 ottobre 2013, composta dai Magistrati:

Dott.ssa Enrica LATERZA	Presidente
Dott. Mario PISCHEDDA	Consigliere
Dott. Giancarlo ASTEGIANO	Consigliere
Dott. Giuseppe Maria MEZZAPESA	Primo Referendario
Dott. Walter BERRUTI	Primo Referendario
Dott.ssa Alessandra OLESSINA	Primo Referendario relatore
Dott. Massimo VALERO	Primo Referendario

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R. D. 12 luglio 1934 n. 1214 e successive modificazioni;

Vista la L. 14 gennaio 1994 n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

Vista la deliberazione n. 14/2000 delle Sezioni riunite della Corte dei conti, adottata nell'adunanza del 16 giugno 2000, concernente il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti come modificato dalla delibera del Consiglio di Presidenza n. 229 del 19 giugno 2008;

Vista la L. 5 giugno 2003 n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla L. cost. 18 ottobre 2001 n. 3 e, in particolare, l'art. 7, comma 8;

Visto l'atto d'indirizzo della Sezione delle Autonomie del 27 aprile 2004, avente ad oggetto gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, come integrato e modificato dalla deliberazione della medesima Sezione del 4 giugno 2009, n. 9;

Vista la deliberazione della Sezione delle Autonomie del 17 febbraio 2006, n. 5;

Vista la deliberazione delle Sezioni Riunite di questa Corte n. 54/CONTR/10 del 17 novembre 2010;

Vista la richiesta di parere proveniente dalla Provincia di Torino n. 90590 del 21 maggio 2013, pervenuta, tramite il Consiglio delle Autonomie locali, il giorno 31 maggio 2013, prot. n. 6085 e recante un quesito in materia di art. 4, commi 4 e 5, del D.L. n. 95/2012, convertito nella L. n. 135/2012;

Vista l'Ordinanza con la quale il Presidente di questa Sezione di controllo ha convocato la Sezione per l'odierna seduta e ha nominato relatore il Primo Referendario Dott.ssa Alessandra OLESSINA;

Udito il relatore;

Ritenuto in

FATTO

Con la nota indicata in epigrafe il Presidente della Provincia di Torino chiede il parere della Sezione in ordine alla qualificazione del rapporto tra dipendente dell'Ente locale e società da questi controllata o partecipata a mente dell'art. 4, commi 4 e 5, del D.L. n. 95/2012, convertito nella L. n. 135/2012, con particolare riferimento alla questione se, nella gestione della società partecipata, *“il dirigente preposto continui ad operare nell'esercizio del rapporto funzionale con l'Ente di appartenenza e che, pertanto, anche nell'esercizio di tali funzioni goda dei diritti e delle tutele previste per i dipendenti pubblici ivi inclusa la tutela legale”*.

Considerato in

DIRITTO

1. La richiesta di parere, inoltrata ai sensi dell'art. 7, comma 8, della L. n. 131/2003, presenta i requisiti, soggettivo e oggettivo, di ammissibilità.

Infatti, essa è stata sottoscritta dal Presidente della Provincia di Torino e trasmessa tramite il C.A.L.

Inoltre, essa, ponendo un quesito che riguarda in generale l'interpretazione ed applicazione di disposizioni finanziarie in materia di società pubbliche, attiene alla materia della contabilità pubblica.

Tuttavia, va precisato che la richiesta di parere, pur essendo originata da un'esigenza dell'Amministrazione di gestire una fattispecie concreta, deve essere finalizzata ad ottenere indicazioni sulla corretta interpretazione di principi, norme ed istituti riguardanti la contabilità pubblica, che poi spetterà all'Amministrazione applicare al caso di specie, non potendo essere rivolta ad ottenere indicazioni specifiche per l'attività gestionale concreta. In caso contrario l'attività consultiva della Corte si risolverebbe, di fatto, in una sorta di coamministrazione.

Ciò posto, può passarsi all'esame del merito.

2. Il D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella L. 7 agosto 2012, n. 135 (*"Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario"*) all'art. 4 (*"Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche"*) prevede:

"Comma 4. I consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1 devono essere composti da non più di tre membri, di cui due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero due scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della

stessa societa' controllante per le societa' a partecipazione indiretta. Il terzo membro svolge le funzioni di amministratore delegato. I dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, ferme le disposizioni vigenti in materia di onnicomprensivita' del trattamento economico, ovvero i dipendenti della societa' controllante hanno obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all'amministrazione, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, e alla societa' di appartenenza. E' comunque consentita la nomina di un amministratore unico. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Comma 5. Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge, i consigli di amministrazione delle altre societa' a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, devono essere composti da tre o cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessita' delle attivita' svolte. Nel caso di consigli di amministrazione composti da tre membri, la composizione e' determinata sulla base dei criteri del precedente comma. Nel caso di consigli di amministrazione composti da cinque membri, la composizione dovra' assicurare la presenza di almeno tre dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le societa' a partecipazione diretta, ovvero almeno tre membri scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della societa' controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa societa' controllante per le societa' a partecipazione indiretta. In tale ultimo caso le cariche di Presidente e di Amministratore delegato sono disgiunte e al Presidente potranno essere affidate dal Consiglio di amministrazione deleghe esclusivamente nelle aree relazioni esterne e

istituzionali e supervisione delle attività di controllo interno. Resta fermo l'obbligo di riversamento dei compensi assembleari di cui al comma precedente. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto. “

La Provincia di Torino, con la nota indicata in epigrafe, chiede delucidazioni in ordine alla qualificazione del rapporto intercorrente tra il dipendente dell'Ente locale (nominato nell'ambito di una società pubblica ai sensi delle disposizioni qui sopra indicate) e la società stessa.

A questo proposito l'Amministrazione scrivente fa riferimento ad una giurisprudenza che ha sostenuto la natura privatistica dell'atto di nomina/revoca degli amministratori di società pubbliche.

Tale giurisprudenza ha, in generale, negato la giurisdizione amministrativa nelle controversie aventi ad oggetto la revoca da parte dell'Ente locale degli amministratori di una società mista a capitale pubblico maggioritario, la cui nomina lo statuto riserva espressamente all'Ente in deroga alla competenza assembleare ai sensi dell'art. 2458 c.c. (nel testo allora vigente) sulla base della considerazione che è inconfigurabile nella specie un potere pubblico, in quanto, mentre quest'ultimo *“postula la sua diretta derivazione da una disposizione legislativa, la facoltà di nomina degli amministratori non risulta costituita in capo agli enti pubblici direttamente dall'art.2458 c.c. (che contempla la sola possibilità che tale potestà venga attribuita a quel tipo di soci in sede statutaria) ma dalla conforme (e libera) determinazione costitutiva della società. La genesi pattizia e convenzionale del potere nella specie esercitato impone, in definitiva, di negare qualsiasi suo carattere pubblicistico ed impedisce, al contempo, di ravvisare nella relativa determinazione gli estremi della cura dell'interesse generale, che esigono la diretta finalizzazione del provvedimento al perseguimento di un bisogno pubblico”* (C.d.S. n. 3346/2003).

E' stato inoltre sostenuto che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli Enti pubblici ne posseggano le azioni in tutto o in parte; che non assume rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che la società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale ed il rapporto tra la società e l'Ente locale è di assoluta autonomia, non essendo consentito all'Ente locale di incidere unilateralmente sull'attività della società mediante esercizio di poteri autoritativi o discrezionali; che soltanto in veste di socio di maggioranza l'Ente pubblico può influire sul funzionamento della società, avvalendosi però non già dei poteri pubblicistici, ma degli ordinari strumenti previsti dal diritto societario (cfr., tra le altre, Cass. SS.UU. n. 7799/2005).

Ciò premesso, ritiene il collegio che, con specifico riferimento all'interpretazione delle norme contenute nei commi 4 e 5 dell'art. 1 del D.L. n. 95/2012, conv. nella L. n. 135/2012 si renda opportuno effettuare le seguenti osservazioni.

Le norme in esame s'inseriscono nel solco di una serie di recenti disposizioni legislative che hanno previsto specifiche misure restrittive in materia di società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche (si pensi ai limiti posti all'oggetto e al numero delle società costituite/mantenute dagli Enti locali, al numero e al compenso degli amministratori, alle modalità di reclutamento del personale).

In particolare, i commi 4 e 5 dell'art. 4 del D.L. n. 95/2012 hanno previsto un numero massimo di membri nel Consiglio di Amministrazione delle società di cui al primo comma del medesimo articolo¹ e delle altre società a totale partecipazione pubblica diretta ed indiretta, nonché l'obbligatoria nomina, tra i membri dei Consigli di amministrazione di tali società, di un certo numero di dipendenti dell'Amministrazione titolare della partecipazione o di poteri d'indirizzo e vigilanza (nel caso di partecipazione diretta), e di un certo numero di dipendenti

¹ Si tratta delle cosiddette "società strumentali", già oggetto di disciplina dettata dall'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella L. 4 agosto 2006, n. 248 (cosiddetto "decreto Bersani"), per le quali, in continuità logica con quella disciplina (mirante ad evitare che tali società godano di posizioni di privilegio nel mercato di riferimento), il decreto n. 95/2012 prevede alternativamente lo scioglimento o l'alienazione, con la *ratio* di liberalizzare i mercati in cui le medesime operano.

dell'Amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri d'indirizzo e vigilanza e di dipendenti della stessa società controllata (nel caso di partecipazione indiretta).

E' previsto altresì che tali dipendenti, fermo restando le disposizioni vigenti in materia di onnicomprensività del trattamento economico, hanno obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all'Amministrazione ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, e alla società di appartenenza.

La disciplina legislativa sopravvenuta (il D.lgs. n. 39/2013 *“Disposizioni in materia di inconfiribilita' e incompatibilita' di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190”*) ha poi ulteriormente delimitato l'ambito soggettivo cui si riferiscono gli obblighi di nomina previsti dall'art. 4 del D.L. n. 95/2012, posto che, dal combinato disposto degli artt. 9 e 12 del D.lgs. n. 39/2013 con l'art. 4 del D.L. n. 95/2012, deve ritenersi che, nel caso dell'art. 4, comma 4, del D.L. n. 95/2012, i due nominandi membri del consiglio di amministrazione possono essere anche dirigenti, purchè non investiti della carica di Presidente con deleghe gestionali dirette o di Amministratore delegato; con riguardo all'art. 4, comma 5, del D.L. n. 95/2012, nel caso di cinque componenti, i tre designandi da parte delle Amministrazioni non possono rivestire le summenzionate funzioni.

Correlativamente al sopra delineato recente quadro legislativo - che si connota appunto per una serie di disposizioni imperative fortemente incisive in termini restrittivi sull'attività e sull'organizzazione delle società partecipate dagli Enti pubblici – è opportuno considerare l'evoluzione giurisprudenziale che ha caratterizzato il settore dei servizi pubblici locali e delle società affidatarie.

In particolare, la giurisprudenza ha qualificato la società *in house* come “società esterna (ossia soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una derivazione o una longa manus dell'Ente stesso. Da

qui l'espressione in house che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso Ente affidante o a sue articolazioni. Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l'Ente affidatario sia distinto dall'Amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale" (C.d.S., ad. pl. n. 1/2008).

La Corte cost. ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità di una legge regionale contenente l'obbligo del rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, imposte agli Enti locali per l'assunzione di personale dipendente, anche a carico di società a capitale interamente pubblico affidatarie di servizi pubblici, sulla base della considerazione che *"la disposizione in esame non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici"* (Corte cost. n. 29/2006).

Alla luce di siffatto recente quadro legislativo e giurisprudenziale, si ritiene che anche nelle fattispecie previste dai commi 4 e 5 dell'art. 4 del D.L. n. 95/2012 si sia di fronte ad una forma di organizzazione pubblica imposta dal legislatore per il perseguimento di finalità pubbliche, nell'ambito della quale la nomina/revoca del dipendente pubblico quale amministratore in seno alle società ivi indicate sembra riconducibile all'esercizio di un potere amministrativo piuttosto che di una potestà in senso privatistico-commerciale.

Pertanto, deve ritenersi che siffatta nomina del dipendente non interrompa per ciò stesso il rapporto interorganico dello stesso con l'Amministrazione, con conseguente mantenimento dello status proprio dei dipendenti pubblici.

P.Q.M.

nelle suesposte considerazioni è il parere di questa Sezione.

Copia del parere sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, all'Amministrazione che ne ha fatto richiesta.

Così deliberato in Torino nella camera di consiglio del 23 ottobre 2013.

Il Primo Referendario Relatore

F.to Dott.ssa Alessandra OLESSINA

Il Presidente

F.to Dott.ssa Enrica LATERZA

Depositato in Segreteria il **24/10/2013**

Il funzionario preposto

F.to Dott. Federico SOLA