

La gestione delle partecipate

Autore: Nico Michele

In: Diritto amministrativo

È noto che il processo di riforma legislativa delle autonomie locali avviato nel 1990 ha inciso in maniera profonda e irreversibile sulla normativa che disciplina le modalità organizzative della gestione dei servizi pubblici locali.

Nell'ambito delle dinamiche relative a tale fenomeno, peraltro caratterizzato da novelle normative succedutesi con inaspettata frequenza e rapidità, si è potuto assistere ad un'eclissi del tradizionale apparato dei controlli di legittimità, che è stato soppiantato da una concezione di pensiero innovativa, tutta improntata a giudicare l'azione dei gestori del servizio pubblico sulla base della loro effettiva capacità di produrre valore, nonché di operare nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità.

Indubbiamente, possiamo dire che il sistema dei controlli previsto dal testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province (regio decreto n. 2578/1925) faceva sì che nel superato ordinamento giuridico l'Azienda municipalizzata svolgesse il proprio ruolo operativo sotto una sorta di tutela dell'Ente locale.

Il Comune esercitava sulla propria Azienda un indiscutibile controllo invasivo, approvandone i bilanci e gli atti gestionali, senza riconoscere all'Azienda stessa i margini di una significativa, autentica autonomia istituzionale.

Al che, per effetto dell'evoluzione normativa indotta dal processo di riforma intrapreso con la legge n. 142/1990, nell'arco di un decennio si è verificato un progressivo distacco istituzionale del soggetto gestore di servizi dall'Ente pubblico locale, con la permanenza in capo a quest'ultimo delle sole funzioni d'indirizzo, di regolazione, di programmazione e di controllo.

Lo stesso concetto di controllo, nel corso del tempo, è radicalmente cambiato, in quanto esso ha perduto i tipici connotati burocratici della verifica di legittimità degli atti, per identificarsi sempre di più con un controllo periodico dei risultati della gestione aziendale.

Ma ciò che più interessa in questa sede è che, in corrispondenza con l'avvento di nuovi modelli gestionali per il disimpegno dei servizi pubblici sul territorio, sono sostanzialmente cambiate le incombenze degli operatori dell'Ente locale e, di conseguenza, si sono modificati alcuni presupposti per la valutazione dei profili di responsabilità amministrativa in cui possono incorrere i responsabili degli uffici pubblici, impegnati nella gestione dei rapporti tra la Pubblica Amministrazione e gli enti partecipati.

A questo riguardo è utile, in premessa, fare un breve cenno alla figura giuridica della responsabilità amministrativa rammentando che, secondo la dottrina, i tratti che contraddistinguono questo genere di responsabilità non differiscono da quelli della comune responsabilità civile con l'aggiunta, però, della necessaria presenza del rapporto di servizio.

In sintesi, gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa sono i seguenti:

-

il danno, che consiste nella lesione di un interesse patrimoniale economicamente valutabile, con l'effetto che il risarcimento consiste nel pagamento di una somma equivalente alla misura del danno stesso. Il danno deve anche essere effettivo ed attuale e, oltre a comprendere il danno emergente (cioè la diminuzione patrimoniale subita dalla P.A.), si estende al lucro cessante (vale a dire agli incrementi patrimoniali non conseguiti a causa del fatto dannoso). Rispetto all'angolo visuale del nostro tema, è bene

ricordare che l'art. 1 della legge n. 20/1994, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, prevede che la Corte giudichi sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza;

-

il dolo o la colpa grave, che costituiscono il cosiddetto elemento soggettivo della responsabilità. Ricorre il dolo in presenza della volontà cosciente del soggetto di provocare con la sua condotta un determinato evento dannoso, mentre si intende per colpa grave quella che deriva dall'inosservanza di quel minimo di diligenza che tutti dovrebbero avere. Restano dunque escluse dal giudizio connesso alla responsabilità amministrativa la colpa lieve determinata dalla violazione della diligenza media (art. 1176 c.c.), e la responsabilità per colpa lievissima;

-

il rapporto di servizio, che è l'elemento caratterizzante questo tipo di responsabilità;

-

il nesso di causalità fra il comportamento del pubblico amministratore e le conseguenze dannose provocate.

È altresì noto che secondo la giurisprudenza amministrativa il connotato della colpa grave, nel comportamento posto in essere dal funzionario o dall'amministratore pubblico, può riconoscersi allorché ricorrano i requisiti seguenti:

-

l'inosservanza del minimo di diligenza;

-

l'atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle funzioni, agendo senza le opportune cautele;

-

nel caso specifico di una partecipazione del Comune a società, infine, l'inerzia del soggetto che, pur essendo a conoscenza di atti e/o situazioni pregiudizievoli all'Ente partecipato, non ha fatto quanto era in suo potere per attenuare o eliminare le conseguenze dannose.

Nel quadro generale di queste considerazioni, appare chiaro che con la diffusione del modulo gestionale costituito dalle società di capitali, da un lato, e il superamento del modello organizzativo dell'Azienda municipalizzata, dall'altro, l'esercizio delle funzioni di controllo poste in capo all'Ente locale ha assunto una valenza decisamente più complessa.

Non si tratta più di controllare la gestione di un ente strumentale, avviluppato all'Ente pubblico da un nesso così stretto di dipendenza, da confondersi con la struttura della stessa amministrazione proprietaria, nell'ambito di rapporto di delegazione interorganica.

Sorge piuttosto l'esigenza che l'Ente locale si rapporti verso l'Ente partecipato (rispettandone la natura di soggetto terzo) in qualità di socio, e d'ora in avanti gli uffici pubblici competenti *ratione materiae* verranno richiesti di attivare le procedure amministrative idonee ad autorizzare il rappresentante dell'Ente locale a prendere parte alle assemblee societarie, con un mandato di legittimazione appropriato per discutere e deliberare sugli argomenti più disparati, relativi all'andamento gestionale della società interessata.

Contabilità analitica, budget e valutazione di performance, strategie societarie, partnership con soggetti pubblici e/o privati, cessione o acquisto di rami d'azienda, ingresso nei mercati aperti alla concorrenza, reperimento di know-how e contratti di joint-venture diventano argomenti cruciali che per la prima volta, quasi all'improvviso, fanno irruzione nel mondo burocratico dell'Ente pubblico, imponendo in tempi brevi il conseguimento di professionalità adeguate per interloquire con il management e il board aziendale.

Sotto il profilo della responsabilità amministrativa, è evidente che la trattazione di queste tematiche, nonché l'elaborazione di direttive e atti d'indirizzo nel contesto di rapporti istituzionali inediti rispetto al passato, implicano tutto ad un tratto l'insorgere di nuove, specifiche ipotesi di responsabilità in cui gli amministratori e i dipendenti degli enti locali possono incorrere nell'esercizio delle loro funzioni.

Per declinare alcune concrete fattispecie innovative di responsabilità, alla luce delle considerazioni di principio sopra esposte, la giurisprudenza non ha tardato, al volgere degli anni 90, a fornire alcune indicazioni di particolare (e tuttora attuale) interesse.

Un orientamento giurisprudenziale pacifico e non controverso, maturato rispetto ad eventi occorsi nel regime dei rapporti pubblici istituzionali/societari, ci avverte che il fatto stesso di ignorare volutamente i segnali di una possibile dissesto della gestione sociale di una partecipata del Comune è condotta suscettibile di dare luogo ad un comportamento negligente caratterizzato da colpa grave.

Tutto ciò è conseguenza del fatto che all'Ente locale compete l'onere di svolgere al meglio le proprie funzioni istituzionali - agendo con tutte le opportune cautele del caso - non solo nella gestione diretta della res pubblica, ma anche nell'esercizio dei poteri di indirizzo e di controllo delle società partecipate.

A conferma di quanto sopra, resta insuperata per eloquenza e chiarezza la sentenza della Corte dei Conti, sez. Lazio, del 10 settembre 1999, con la quale il Sindaco del Comune di Tivoli socio unico di "Acque Albule SpA", viene condannato per mancato esercizio di azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori della società resisi responsabili di comportamenti illegittimi ed illeciti, nonché della violazione delle regole di gestione (efficienza, economicità ed efficacia) cui deve uniformarsi l'azione di qualsiasi amministrazione pubblica o privata.

L'obiettivo della Corte in tale occasione era quello di affermare la responsabilità del Sindaco del Comune socio, che avrebbe dovuto verificare l'andamento della gestione della società, esercitando, ove necessario, i propri poteri dell'azionista di controllo.

Un principio di carattere generale che si può desumere dalla sentenza è che, nel caso delle S.p.A. costituite dagli enti locali (ma il discorso può estendersi alle S.p.A. pubbliche in genere), la decisione di promuovere l'azione per danni nei confronti degli amministratori responsabili di irregolarità di gestione dannose non è discrezionale, rimessa cioè all'apprezzamento discrezionale di chi rappresenta nell'assemblea dei soci l'Ente locale, ma costituisce un preciso ed ineludibile dovere giuridico, connesso

alla natura pubblica delle risorse investite nella società, e costituisce diretta derivazione dall'obbligo di controllo rispetto all'andamento della relativa gestione.

In altre parole ciò significa che, in presenza di segnali gravi e certi che indichino pressanti difficoltà economico - finanziarie, pregiudizievoli al regolare funzionamento di una società partecipata, il funzionario e l'amministratore pubblico hanno il dovere di vigilare sull'andamento della relativa gestione, nonché l'onere di intraprendere tutte le iniziative in loro potere, utili per agevolare al meglio il ripristino della normale e corretta gestione societaria, con la messa in atto degli idonei rimedi correttivi.

Se nel caso appena considerato la fattispecie di responsabilità amministrativa trae origine da una condotta illegittima, caratterizzata dalla colpevole inerzia del soggetto che, nell'Ente locale, avrebbe dovuto attivarsi per porre rimedio alla mala gestio della società partecipata, sul versante opposto ci imbattiamo nel caso disciplinato dall'art. 2497 del codice civile, dove l'ipotesi di responsabilità è conseguente non già ad un'omissione, bensì ad un'azione intrapresa dall'Ente locale in maniera scorretta, ossia in aperta violazione dei principi di buona amministrazione.

Più precisamente, l'art. 2497 del codice civile, nella versione introdotta dalla recente riforma del diritto societario, individua la responsabilità degli Enti che, "esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime".

La stessa norma prevede altresì che, per le conseguenze dannose cagionate al patrimonio sociale dalla condotta illegittima, l'ente assume una diretta responsabilità nei confronti dei soci e dei creditori sociali.

Questa fattispecie di responsabilità, connaturata alla fisionomia dei rapporti societari intrapresi dall'Ente locale nella veste di azionista, ha come presupposto la sussistenza di una soggezione all'altrui attività di direzione e di coordinamento e si presenta nei seguenti casi:

a)

quando l'Ente sia tenuto a consolidare i bilanci della società;

b)

quando l'Ente dispone della maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria della società.

È interessante notare che, in presenza di questi presupposti, il legislatore presume, salvo prova contraria, l'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento della controllata, con tutte le responsabilità conseguenti (art. 2497 - sexties).

Ora, non è chi non veda che la fonte di responsabilità prevista dall'art. 2497 è sicuramente applicabile ai rapporti tra l'Ente locale e le società a capitale interamente pubblico di cui all'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, costituite per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Non c'è dubbio, infatti, che l'esercizio sulla società, da parte dell'Ente locale, di un "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", nonché la circostanza che "la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano", sono requisiti che legittimano l'affidamento dei servizi in house senza pubblica gara, ma, al contempo, sono prova certa che la società partecipata altro non è che una longa manus dell'Ente locale, il quale è dunque, ad ogni effetto di legge, titolare indiscusso dell'attività di direzione e di coordinamento della controllata.

In questa logica, l'Ente locale viene ad assumere tutte le responsabilità che l'art. 2497 del codice civile ricollega alla posizione del soggetto che si trovi al comando di un gruppo di imprese, o, se si preferisce, di una holding.

Ora, se da un lato è corretto che tale posizione d'influenza sia gravata da oneri che si giustificano con la necessità di salvaguardare i legittimi interessi di soci e creditori sociali di una società strumentale, d'altro lato merita una riflessione il delicato ruolo che l'Ente locale si trova a svolgere in qualità di socio

dominante.

Non sempre, forse, all'interno dell'Ente locale è stata maturata la consapevole percezione che le direttive e gli atti d'indirizzo impartiti alle società controllate vuoi in sede assembleare, vuoi in altra sede istituzionale (per esempio, con delibere di Giunta e/o di Consiglio Comunale) sono suscettibili di ingenerare una possibile forma di responsabilità verso i soggetti terzi, ai sensi dell'art. 2497 del codice civile.

D'altro canto, è pure giusto precisare che questi rilievi debbono essere in vario modo temperati, senza dimenticare, per esempio, l'innovazione introdotta dalla riforma del diritto societario, per la quale nel nostro ordinamento, a decorrere dalla data del 1° gennaio 2004, ha ottenuto piena cittadinanza la possibilità di costituire una S.p.A. a socio unico, mantenendo - al verificarsi di predeterminate condizioni: adempimenti pubblicitari, versamento dei conferimenti - il beneficio della responsabilità limitata.

Concludendo, l'insieme di queste considerazioni mette se non altro in luce l'esigenza che la decisione, da parte dell'Ente locale, di avvalersi dello strumento societario e di assumere la veste giuridica di socio, non sia presa in maniera improvvisata ed estemporanea, ma venga sistematicamente preceduta da un'adeguata istruttoria volta a soppesare il rapporto tra costi e benefici dell'operazione proposta, opportunamente messa a confronto con le possibili opzioni alternative (*deliberandum est saepe, statuendum est semel!*).

Certo è che, una volta che l'Ente locale si sia determinato ad intraprendere la gestione di partecipazioni societarie, non potrà esimersi dall'onere di provvedervi con l'ausilio di idonee risorse umane e strumentali stabilmente dedicate, impiegando altresì la cura e la diligenza richieste dai principi di buona amministrazione.

Si tratta di un impegno istituzionale sicuramente non facile, ma solo così l'Ente locale potrà maturare quella consapevolezza necessaria per valorizzare al meglio, in maniera attiva e proficua, le proprie partecipazioni societarie.

Michele Nico

<https://www.diritto.it/la-gestione-delle-partecipate/>