Fondata nel 1964

COMUNI D'ITALIA

La Rivista delle amministrazioni pubbliche **12/2022**

Vincoli di finanza pubblica e profili di responsabilità nelle società partecipate

- Il compenso degli amministratori
- Gli obiettivi sui costi di funzionamento
- Le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti
- Il danno erariale da ricapitalizzazione

MAGGIOLI EDITORE

Editoriale

(Riforma dei) servizi pubblici locali e (nuovi) controlli

Dell'Idra di Lerna e della connessa moltiplicazione delle discipline di erogazione dei servizi (e delle verifiche intestate alla Corte dei conti) in ambito locale

di Tiziano Tessaro

Lo scrissi poco meno di venti anni fa e l'osservazione rimane quanto mai attuale: la disciplina dei servizi pubblici locali assomiglia all'Idra di Lerna, di cui la leggenda narra che ogni volta che al mostro mitologico affrontato da Ercole veniva tagliata una delle teste, ne ricrescevano due dal moncherino. In questo lasso di tempo sulla materia dei servizi pubblici, infatti, oltre alla divaricazione di disciplina dettata a suo tempo dagli artt. 113 e 113-*bis* TUEL per i servizi con e senza rilevanza economica (su cui era intervenuta "recidendo" la previsione di questi ultimi la Corte costituzionale[1], il legislatore è intervenuto più volte, provvedendo a "amputare" la precedente disciplina; ma non è mancato nemmeno l'esito referendario che ha provveduto al "taglio" di un importante ramo della normativa allora vigente, fino alla introduzione della disciplina organica voluta dal testo unico dei servizi pubblici. Ma anche qui, come è noto, all'emanazione del d.lgs. 175/2016, è succeduto l'intervento correttivo e di modifica operato dal d.lgs. 100/2017.

Similmente a quanto gia verificatosi in passato, sembra proprio che la testa dell'Idra verrà nuovamente recisa, per farne ricrescere immediatamente un'altra subito dopo, e poi altre ancora: è quanto ci proviene (e possiamo ricavare) dalla fondamentale analisi effettuata da Stefano Pozzoli[2] che ospitiamo nell'esordio di questo numero – relativa al nuovo disegno di legge in materia di servizi pubblici locali, i cui tratti essenziali sono disegnati dalle perspicue osservazioni fatte dall'autore.

Ma il "mostro" trova modo di palesarsi con un'altra testa che periodicamente viene recisa, e con uguale cadenza va a crescere: quella del ritorno dei controlli di legittimità, che trova un suo momento di emersione nella nuova disposizione contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, come modificato dall'art. 11 comma 1, lett. *a)*, della legge n. 118 del 2022 (legge annuale per il mercato e la concorrenza). Abrogando la precedente versione della norma che contemplava solamente una comunicazione alla

(1) Sentenza 13-27 luglio 2004, n. 272, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell' art. 113-*bis*, nel testo introdotto dal comma 15 dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001.

(2) Pubblicato nel fascicolo 11/2022 di questa *Rivista*.

Corte dei conti dell'atto di costituzione societaria, la novella dell'art. 5 del TUSP ha, come noto, istituito una nuova forma di verifica sugli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta): essa prevede che l'atto suddetto sia trasmesso dall'Amministrazione pubblica procedente (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 175 del 2016) all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri attribuiti dall'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, la quale deve deliberare, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.
Il successivo comma 4 dell'art. 5 dispone che per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo.
La norma precisa che, qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine prescritto di sessanta giorni, l'Amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione: il comma 4 puntualizza che la segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'Amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni sul proprio sito internet istituzionale.
La modifica apportata all'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 ad opera della legge n. 118 del 2022 ha investito, pertanto, l'esame svolto dalla Corte dei conti sugli atti di costituzione di una nuova società ovvero di acquisizione di una partecipazione in società già esistente, da parte di una pubblica amministrazione.
Se ne occupa in questa sede il pregevole contributo di Marco Pieroni[3], volto a dare una prima lettura del delicato tema che qui ci occupa.
Da parte mia, va notato quindi che, come per l'Idra di Lerna, si assiste, anche in questo caso, a una moltiplicazione delle teste (*rectius* dei controlli della Corte), dal momento che accanto a quella dell'art. 5 TUSP, rimane quella contemplata in termini di periodicità a cadenza annuale dall'art. 20 del TUSP, come ha avuto modo di sottolineare già la giurisprudenza della Corte dei conti che è intervenuta all'indomani della riforma[4].
Occorre premettere che non è affatto semplice decifrare la natura dell'istituto qui considerato, il quale non assume la veste di un vero e proprio controllo in senso tradizionale – ancorché ancorato a parametri, per lo più, di legittimità (quali la riconducibilità alle finalità istituzionali, oppure l'opzione circa la gestione diretta o esternalizzata, richiamati dall'art. 5 suddetto, in riferimento agli artt. 4, 7 e 8 del TUSP stesso, nonché la compatibilità con la disciplina europea in materia di aiuti di stato alle imprese), ma anche di carattere più strettamente economico (quali la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria richiamati dal medesimo art. 5 nonché la compatibilità della scelta con i principi, seppur codificati nell'art 1 della legge 241/1990, di efficienza, di efficacia e di economicità): seppure non espresso chiaramente dalla norma, la delibera della Corte sembra comunque rivestire un effetto impeditivo della esecuzione del provvedimento di costituzione della società (inteso ovviamente nel senso di condizionare l'acquisizione della qualità che ha l'atto amministrativo di poter validamente produrre gli effetti per i quali è stato posto in essere, all'esito di un segmento procedurale il cui adempimento è, per l'appunto, preordinato a far conseguire l'esecutività all'atto stesso).
È peraltro possibile pervenire a una definizione sistematica dei poteri assegnati dalla norma alla Corte: spetta tuttavia all'interprete andare a specificare le conseguenze concrete cui conduce l'esercizio della

(3) Pubblicato nel fascicolo 11/2022 di questa *Rivista*.
(4) Cfr. le delibere della Corte dei conti n. 16/SSRRCO/QMIG/2022 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022, pubblicate nella sezione "Materiali aggiuntivi" del *sito www.periodicimaggioli.it/rivista/comuni-ditalia/1615053*.

potestà anzidetta, dal momento che, sul piano meramente testuale, il legislatore sottolinea unicamente che, nel caso in cui il termine vada a spirare senza che la Corte si pronunci, cioè "*qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo*". *Nulla quaestio* nel caso in cui quindi intervenga la delibera della Corte con valutazione favorevole: l'amministrazione può, cioè, procedere definitivamente alla esecuzione di quanto deliberato, provvedendo quindi, senz'altro, alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione. Nel caso, invece, di valutazione negativa della Corte, la norma non evidenzia alcun effetto interdittivo, difettando quindi la fattispecie, come detto, di un elemento essenziale della sistematica generale del controllo: anzi, la norma qualifica espressamente (seppur in modo non decisivo secondo i consueti canoni ermeneutici, non rilevando il *nomen juris*) tale manifestazione di giudizio intestata alla Corte come "parere" da cui, secondo i principi generali, è possibile discostarsene con una adeguata motivazione (comma 4).
La qualità di *condicio juris* impeditiva dell'esecuzione, che da un punto di vista strutturale sembra comunque essere stata assegnata, seppur in termini non testuali, alla delibera negativa della Corte, troverebbe pertanto – al di là della espressione testuale della norma che parla di "parere" – un suo ostacolo nel fatto che la disposizione prevede che il provvedimento diviene ugualmente efficace ove l'amministrazione, in caso di parere in tutto o in parte negativo, ritenga di procedere egualmente: essendo tuttavia tenuta, in questo caso, come detto, a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal "parere" e a dare pubblicità, nel proprio sito *internet* istituzionale, di tali motivazioni (art. 5, comma 4 del TUSP).
Non sembra questo, tuttavia, uno scoglio insormontabile alla ricostruzione dell'esame intestato alla Corte come condizione di efficacia: del resto, l'idea che l'esercizio del potere di controllo in termini generali retroagisca al momento dell'adozione dell'atto, se pure è l'i*d quod plerumque accidit*, è una regola messa in crisi, ad esempio, anche dalle recenti disposizioni contenute in tema di PNRR; il riferimento è, all'interno del d.l. 77/2021, *soprattutto all'immediata efficacia dei contratti con contestuale deroga al disposto dell'art. 32, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in materia di condizione sospensiva dell'efficacia dell'atto all'esito positivo dei controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti (art. 50, comma 3). Previsione quest'ultima che si pone in discontinuità con la tradizionale disciplina dell'art. 3 della richiamata legge n. 20 del 1994 che assegna, invece, al visto positivo di legittimità dell'Organo di controllo la funzione di condizione sospensiva dell'efficacia*" (Corte dei conti, SCCLEG/1/2022/PREV, sez. centrale di legittimità).
La cennata "*possibilità di esercitare il controllo preventivo di legittimità, al cui visto viene tradizionalmente assegnata la funzione di condizione sospensiva/integrativa dell'efficacia, su un atto già divenuto efficace per espressa previsione normativa*", trova ulteriori momenti di emersione nel nostro ordinamento: "*Il riferimento è alla previsione contenuta all'art. 50, comma 13, del codice dei contratti pubblici, in base alla quale, in casi di urgenza, la stazione appaltante può disporre la provvisoria esecuzione. Nell'ipotesi in esame, le esigenze di snellimento, semplificazione e accelerazione delle procedure hanno portato il legislatore ad anticipare, per espressa previsione normativa, l'efficacia dei contratti attuativi del PNRR al momento della loro sottoscrizione, valutando evidentemente come prioritaria l'esigenza di celerità delle procedure. Valutazione questa evidente anche nel disposto del successivo art. 48 ove viene previsto, attraverso il richiamo all'art. 125 del codice del processo amministrativo, che in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture la sospensione o l'annullamento degli stessi non comporta la caducazione dei contratti stipulati, ma solo il risarcimento del danno eventualmente dovuto per equivalente*" (Corte dei conti, SCCLEG/1/2022/PREV, sez. centrale di legittimità).
A differenza di quanto previsto dalla normativa più sopra citata in tema di PNRR – in cui cioè "*una eventuale declaratoria d'illegittimità dell'atto sottoposto a controllo impone all'Amministrazione l'adozione, a seguito di una nuova attenta ponderazione, delle necessarie misure conseguenziali, nel*

cui novero sono necessariamente ricomprese, in assenza di apposita deroga legislativa (…), anche le misure caducatorie del negozio già efficace per legge, oggetto di approvazione da parte di un atto dichiarato illegittimo con efficacia ex tunc", la misura del "controllo" contemplato dall'art. 5 del TUSP si sostanzia in un esito che il legislatore non individua esplicitamente quanto all'efficacia dell'atto o alla sua validità (il che già dovrebbe indurre a forti dubbi circa l'ascrizione alla categoria del controllo dell'atto anzidetto, dal momento che secondo i canoni della teoria generale, verrebbe a mancare un elemento costitutivo della fattispecie tipica del controllo, ovverosia la c.d. misura). D'altro canto, la possibilità di "*ritenere esperibile il controllo preventivo di legittimità su atti già efficaci, refluendo tale caratteristica non sulla possibilità di esercizio dello stesso, ma sugli esiti di un'eventuale ricusazione del visto*", è già contemplata dal nostro ordinamento; cosi come del resto anche nel meccanismo proprio del controllo di legittimità è possibile discostarsi dal vaglio operato della Corte e portare a esecuzione ugualmente un atto mediante l'istituto della c.d. registrazione con riserva (sia pure nel caso in cui il controllo riguardi un atto governativo, ai sensi dell'art. 25 del t.u. n. 1214 del 1934).
Ovviamente non mancano argomenti in senso opposto a quelli sinora delineati a proposito della qualificazione del giudizio operato dalla Sezione regionale in termini di *condicio iuris* del deliberato dell'ente locale: purtuttavia, a voler ritenere che la fattispecie contemplata dall'art. 5 del TUSP si riferisca a un vero e proprio parere espresso dalla Corte, osta invece il fatto che quello espresso dalla Sezione regionale è successivo all'adozione della delibera consiliare e non interviene, come sarebbe logico ritenere, nella fase preparatoria della delibera controllata: il che consente di mettere in risalto, oltre alla ovvia circostanza che ontologicamente un parere postumo non ha senso(TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 novembre 1988, n. 1536), la radicale differenza, negli atti di costituzione o acquisto di partecipazioni effettuate dagli enti locali, tra il giudizio della Corte dei conti (successivo a detta delibera) rispetto al parere dell'organo di revisione (art. 239 TUEL) il quale è necessariamente preventivo rispetto alla adozione della delibera suddetta. In altri termini, la funzione consultiva non può essere esercitata a posteriori, dal momento che il concetto di parere è ontologicamente e per sua natura preventivo .
Le considerazioni che precedono devono far riflettere l'interprete nella direzione di una ricerca di collocazione sistematica delle disposizioni anzidette, che non lo esonera dalla individuazione di una armonica ricostruzione dell'istituto all'interno di un assetto ordinamentale sicuramente mutato. Occorre, pertanto, mettere in rilievo la peculiarità strutturale della fattispecie che, come detto, mal si presta ad una sua ascrivibilità *tout court* alle dinamiche del controllo in senso tradizionale, attesa anche la perentorietà dei termini assegnati non suscettibili di una loro riapertura, proroga, sospensione o interruzione in occasione di eventuali richieste di chiarimenti o di elementi integrativi ; ma che non può nemmeno essere assimilata, al di la del *nomen iuris*, ad un parere.
In realtà, le stesse riflessioni sin qui svolte inducono inevitabilmente a concludere che si tratta di una fattispecie a formazione progressiva che consta – indefettibilmente – di due, distinti, atti dell'amministrazione, intervallati dalla pronuncia della Sezione regionale: il primo atto, una volta deliberato dall'amministrazione, è comunque esistente nell'ordinamento giuridico, ma ne è tuttavia preclusa la sua esecuzione ove l'amministrazione non ricorra alla facoltà di cui all'ultima parte del comma 3 dell'art. 5 del TUSP; determinandosi, cioè, l'ente locale – con una seconda delibera, che in ossequio ai principi generali, dovrà essere, per gli enti locali, appannaggio del Consiglio – in caso di parere in tutto o in parte negativo, a procedere egualmente, pur dovendo motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni. In quest'ultimo caso non è stabilito un termine per l'esercizio della suddetta facoltà, e potrebbe senz'altro darsi il caso in cui l'amministrazione, anche a lunga distanza di tempo, intenda ugualmente procedere in direzione opposta a quanto indicato dalla Corte: la fattispecie non è tuttavia normata e probabilmente richiederà un ulteriore intervento nomofilattico.
La verifica della Corte assume pertanto il ruolo di *condicio iuris* di esecutività della prima delibera dell'ente locale da sottoporre alla Sezione regionale e, all'esito del giudizio da questa espresso, assume

altresì il significato di presupposto di legittimità del successivo provvedimento a contrarre il negozio societario, assunto ai sensi dell'art. 192 TUEL (recependo, ad esempio, alcune indicazioni e prescrizioni della Corte) e volto alla definitiva costituzione societaria (cosicché la mancata acquisizione o assenza del "parere" della Corte inficia la validità di quest'ultimo provvedimento :la costante giurisprudenza ha costantemente chiarito al riguardo che è illegittimo il provvedimento che si discosta senza motivazione dalle conclusioni di un parere (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 1990, n. 695).
Il meccanismo tipico del controllo trova esplicita conferma anche nel caso in cui il termine vada a spirare senza che la Corte si pronunci, cioè "qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo": anche in questo caso per addivenire alla stipula del negozio societario, sarà indispensabile adottare un provvedimento a contrarre contenente gli elementi essenziali (la qual cosa sembra confermata dall'utilizzo del verbo "procedere", il quale presuppone una azione che non può tradursi in un atto amministrativo) richiesti dall'art. 192 del tuel (ovverosia a) il fine che con il contratto si intende perseguire; *b)* l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base).
Rimane da chiedersi inoltre se, anche in caso di parere favorevole della Corte, sia necessario comunque un secondo atto deliberativo del Consiglio o una determinazione a contrarre del dirigente che prenda atto del giudizio espresso dall'organo di controllo: lo scarno dettato normativo, che non brilla per chiarezza e completezza, non fornisce indicazioni al riguardo, ma ragioni sistematiche e di coerenza suggeriscono la conclusione positiva, volta oltretutto a fornire lo schema definitivo – soprattutto in presenza di un parere della Corte con prescrizioni o indicazioni accessorie o condizionali – da sottoporre, secondo i canoni generali (cfr art. 192 del TUEL), alla stipula definitiva dell'atto di costituzione e acquisto da parte dell'organo a ciò deputato, individuato negli enti locali dallo Statuto.
Ciò premesso, occorre sottolineare che il necessario vaglio istruttorio – che deve essere svolto dall'amministrazione prima di sottoporre alla Sezione regionale la delibera per l'espressione del giudizio richiesto dalla Corte – esige una oggettiva serietà di analisi e di verifica che la molteplicità dei presupposti indicati dal citato art. 5 TUSP individuano in modo specifico e puntuale.
Va da sé che la mancanza di verifica analitica da parte dell'amministrazione condurrà a uno scrutinio in sede di controllo che non potrà che concludersi negativamente: beninteso, come già detto e previsto dall'ultima parte del comma 4 del citato art. 5, qualora l'amministrazione ritenga che gli elementi istruttori acquisiti siano stati sufficientemente posti a presidio della ragionevolezza della decisone di acquisire la partecipazione societaria o di costituire una nuova società, essa potrà ugualmente dare esecuzione all'atto.
La giurisprudenza ha più volte sottolineato, in linea generale, l'esigenza della completezza del quadro istruttorio preliminare all'adozione della decisione amministrativa: in particolare, la dicitura testuale della norma induce a pensare che il giudice debba estendere il suo sindacato in profondità, calandosi dentro il percorso argomentativo e il suo retroterra sostanziale e fattuale, valutando sia l'aspetto dei presupposti di fatto, sia il contenuto e la qualità dell'istruttoria compiuta, oltre che, ovviamente, i profili attinenti alla corretta interpretazione e applicazione di leggi e regolamenti. Ciò sta a significare che il sindacato è diretto a cogliere, attraverso la regola della sufficienza della motivazione, la logicità e la coerenza interna del giudizio formulato e posto a base del provvedimento emanato con i presupposti, ove la motivazione *è volta a dare trasparenza alle decisioni, non solo in funzione* dell'imparzialità dell'azione amministrativa, ma anche a salvaguardia dell'interesse pubblico a che le risorse siano utilizzate con oculatezza e con rigore. La serietà dell'analisi da svolgere a monte richiede che il vaglio della Sezione regionale di controllo non si riduca alla semplice presa d'atto della rappresentazione istruttoria fornita dall'amministrazione, e dall'altro che l'amministrazione svolga una sua istruttoria preliminare alla sottoposizione alla sezione sui singoli parametri del "controllo", fornendone in modo

esaustivo gli elementi, evitando cioè superficiali descrizioni e valutazioni meramente apodittiche di parametri dal tenore sicuramente elastico.
Parimenti, detta istruttoria preliminare alla sottoposizione alla Sezione regionale di controllo può considerarsi sufficiente quando, nella concretezza delle circostanze, è idonea a far comprendere le ragioni che hanno condotto l'Amministrazione all'emanazione del provvedimento, richiedendosi un'illustrazione più articolata quando i fatti sono dubbi o controversi, in modo da rendere esplicito e comprensivo l'iter logico seguito dall'amministrazione nella loro adozione e le ragioni, che hanno determinato le statuizioni assunte. La necessità di una completezza dell'istruttoria svolta dall'ente deriva, oltre che da queste ragioni, dal fatto che la Corte dei conti non potrà surrogarsi nel completamento di una istruttoria che come detto dovrà essere completa (a meno di ritenere inammissibilmente che la Corte si possa ingerire in un ruolo di cogestione che non gli appartiene e che è contrario al ruolo di controllo assegnato dalla Carta costituzionale).
Devo ammettere che il numero era stato originariamente pensato e dedicato alla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società e che i suoi contenuti sono stati arricchiti solo successivamente dall'alluvione di novità di cui abbiamo dato conto in precedenza.
Il riferimento era, in particolare, all'analisi delle fondamentali tre disposizioni che regolano tali rapporti finanziari, di cui si darà tra poco conto. Occorre premettere che il codice civile agli articoli 2325 e 2462, riguardanti rispettivamente le s.p.a. e le s.r.l., applicabili anche alle società partecipate pubbliche, prevede che delle obbligazioni sociali rispondono solamente le società di capitali con il loro patrimonio, essendo, peraltro, eccezionali i casi in cui si può delineare la responsabilità illimitata del socio unico (ipotesi contemplate nel secondo comma di entrambe le norme appena menzionate, nonché nel caso del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 e ss. cod. civ.). Da ciò si desume che anche il socio pubblico, al pari, pertanto, di ogni altro socio di società di capitali, risponde delle obbligazioni sociali nei limiti della propria quota di partecipazione al predetto capitale sociale, a meno che non sia esposto direttamente nei confronti dei creditori sociali e salva una eventuale normativa derogatoria.
Rilevano, al riguardo, le disposizioni contenute, in particolar modo, negli artt. 14, comma 5 e 21, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, volte a esprimere la duplice *ratio* che informa le disposizioni sopra citate, da un lato, con la tutela della concorrenza di mercato, a livello eurounitario, atteso che deve essere escluso ogni speciale diritto o privilegio, che lo possa turbare o alterare; e dall'altro dovendosi limitare in ogni caso *"...l'uso delle risorse della collettività, l'ammissibilità di interventi a sostegno di organismi partecipati mediante erogazione o, comunque, dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, che appaiono privi quantomeno di una prospettiva di recupero dell'economicità e dell'efficienza della gestione dei soggetti beneficiari*" sez. reg. contr. Liguria, del. n. 84/2018/PAR). A ciò si aggiungano le esigenze di carattere giuscivilistico, dal momento che nel caso in cui l'accollo di un debito altrui è effettuato da un soggetto di diritto pubblico, quest'ultimo ha il dovere di porre in evidenza la ragione economica-giuridica dell'operazione, altrimenti essa rappresenterebbe un ingiustificato favor verso i creditori della società incapiente (sez. contr. Lombardia, del. n. 98 del 2013).
In particolare, la disposizione contenuta nell'art. 21 citato del d.lgs. n. 175/2016 (di cui si occupa l'articolo di Marcello Quecchia[5]) prevede che "*Nel caso in cui società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali comprese nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, presentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti, che adottano la contabilità finanziaria, accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. … L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel*

(5) Pubblicato nel fascicolo 11/2022 di questa *Rivista*.

caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione".

L'art. 14, comma 5 del TUSP specifica, d'altro canto, che "*Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma*".

Dal complesso normativo testé riportato, si può pertanto affermare che sussista:

- un divieto di ripiano perdite, se non all'interno di un piano di risanamento che garantisca l'equilibrio futuro dei conti della partecipata;
- un divieto di soccorso finanziario, anche in caso di deficit di liquidazione;
- la possibilità di un apporto finanziario da parte dell'ente locale unicamente alle società di capitali, e solo per interventi di ricapitalizzazione.

Di questi temi si occupa l'intervento di Stefano Bianchini[6], il quale pone in evidenza i presupposti assolutamente limitati in cui è possibile derogare alla severità della regola sopra enunciata.

Non è superfluo qui ricordare che la previsione della lett. *c)* dell'art. 194 del TUEL concerne le sole società di capitali e contempla l'intervento pubblico unicamente in caso di ricapitalizzazione. Ci si è inevitabilmente chiesti come debbono essere considerate (e con che strumenti vanno trattate) le situazioni di perdita finanziaria in cui possono versare eventualmente le società in argomento.

Le prime esperienze applicative hanno evidenziato come l'adempimento dell'obbligo di accantonamento contemplato dall'art. 21 del TUSP ponga un problema di coordinamento con l'art. 14, comma 5 del t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, che prevede specifici limiti circa il ripiano delle perdite da parte dell'ente locale.

Va premesso che secondo le norme di diritto comune nelle società di capitali, ovvero il solo tipo di società per cui è possibile la partecipazione di un'amministrazione pubblica (art. 3, d.lgs. n. 175/2016), per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (articoli 2325, comma 1 e 2462, comma 1, c.c.). In assenza di alcuna deroga sul punto, anche il socio pubblico, al pari di ogni altro socio, resta esposto nei limiti della quota capitale detenuta (solo in ipotesi assai particolari, il sistema prevede eccezionalmente la responsabilità illimitata del socio unico – art. 2325, comma 2 e art. 2462, comma 2, c.c. – o del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento di cui agli art. 2497 e ss. c.c.).

(6) Pubblicato nel fascicolo 11/2022 di questa *Rivista*.

Alla luce delle suddette coordinate normative, la giurisprudenza[7] ha rimarcato che l'adempimento dell'obbligo di accantonamento di quote di bilancio, in correlazione ai risultati gestionali negativi degli organismi partecipati, non comporta l'insorgenza a carico dell'ente socio, anche se unico, di un conseguente obbligo al ripiano di dette perdite o all'assunzione diretta dei debiti del soggetto partecipato: ciò in quanto l'introduzione del meccanismo dell'accantonamento, imposto prima dall'articolo 1, commi 550-552 della l. n. 147/2013 ed attualmente dall'art. 21 del d.lgs. n. 175/2016, non ha significato il venir meno dei limiti al "soccorso finanziario" nei confronti degli organismi partecipati (articoli 5, comma 1, e 14, commi 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 175/2016), né esime l'ente dalla dimostrazione, in caso di soccorso finanziario, circa la presenza di un interesse a coltivare la partecipazione nella società in perdita.
E, anzi, occorre sempre valutare, al momento di assumere oneri per la ricapitalizzazione della società in perdita, la capacità della società di tornare in utile (previa valutazione di un piano industriale) nonché l'economicità e l'efficacia della gestione del servizio tramite il predetto organismo, piuttosto che prendere atto dell'avvenuto scioglimento della medesima, a norma dell'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.[8].
Ciò nell'ottica delle regole europee che vietano ai soggetti che operano sul mercato di fruire di diritti speciali o esclusivi, ma anche nel contesto delle disposizioni nazionali sui piani di razionalizzazione e dei relativi criteri dettati dalla legge, ove sono particolarmente attenzionate le società in perdita. In altri termini, l'adempimento dell'obbligo di accantonamento di quote di bilancio, in correlazione a risultati gestionali negativi degli organismi partecipati, oltre a non comportare conseguenti obblighi al ripiano di dette perdite o all'assunzione diretta dei debiti del soggetto partecipato, non ha neppure significato il venir meno del sistema di limiti individuato dalla stessa giurisprudenza con riguardo alla possibilità, per gli enti locali, di ricorrere a tali operazioni nell'ambito dei rapporti finanziari con le proprie partecipate[9].
Non a caso, infatti, il legislatore sottolinea, all'art. 21, comma 3-*bis* del TUSP che "*Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato*".
Una ultima norma fondamentale regolatrice dei rapporti tra ente locale e società è quella contemplata dall'art. 11 comma 6, lett. *j)*, del d.lgs. 118/2011: la doppia asseverazione dei debiti e dei crediti da parte dell'Organo di revisione dell'ente territoriale e di quelli degli organismi partecipati -di cui si occupa il puntuale e accurato scritto di Manuela Sodini[10] – risulta necessaria al fine di evitare eventuali incongruenze e garantire la piena attendibilità ai dati, così che, in caso di inerzia da parte degli organi di revisione degli enti strumentali e delle società controllate e partecipate, il soggetto incaricato della revisione dell'ente territoriale è tenuto a segnalare tale inadempimento all'organo esecutivo dell'ente territoriale che assume senza indugio, e comunque non oltre il termine dell'esercizio finanziario in corso, i provvedimenti necessari ai fini della riconciliazione delle partite debitorie e creditorie (art. 11, comma 6, lett. *j)*, d.lgs. n. 118/2011).
Essa riguarda, pertanto, i rapporti con tutti gli enti strumentali e le società controllate e partecipate dal Comune e va esteso anche alle società quotate nei mercati regolamentati, cosi che l'attendibilità delle risultanze contabili è condizionata al positivo esito di tali adempimenti, funzionali alla verifica degli equilibri di bilancio: ed è espressiva della regola secondo cui «tutti gli enti facenti parte della cosiddetta finanza pubblica allargata devono concorrere – secondo quanto stabilito dagli artt. 81 e 97,

(7) Corte dei conti, sez. reg. contr. per la Liguria, del. n. 24/2017.

(8) Corte dei conti, sez. reg. contr. per la Liguria, del. n. 19/2016/PRSE; sez. reg. contr. per la Lombardia, del. n. 269/2015/PRSE e del. n. 15/2015/PRSE.

(9) Per tutte cfr. Corte dei conti, sez. reg. contr. per la, del. n. 410/2016/PRSE e la numerosa giurisprudenza ivi richiamata; cfr. anche il referto della Corte dei conti, sez. Aut., del. n. 27/SEZAUT/2016/FRG.

(10) Pubblicato nel fascicolo 11/2022 di questa *Rivista*.

primo comma, Cost. – all'equilibrio complessivo del sistema e alla sostenibilità del debito nazionale" (Corte cost., sent. n. 6/2019). In proposito deve sottolinearsi (Corte cost., n. 101 del 2018 e 247 del 2017) che l'art. 97, primo comma, Cost., nella vigente formulazione, si compone di due precetti ben distinti: quello contenuto nel primo periodo riguarda l'equilibrio individuale degli enti facenti parte della finanza pubblica allargata, mentre quello del secondo periodo riguarda l'equilibrio complessivo di quest'ultima, in quanto finalizzato ad assicurare la sostenibilità del debito nazionale. È evidente che l'equilibrio complessivo deve essere coerentemente coordinato con analogo equilibrio dei singoli bilanci che compongono il cosiddetto bilancio consolidato dello Stato.» (Corte cost., n. 6/2019).

L'altro profilo di analisi riguarda le numerose norme vincolistiche che derogano al generale statuto privatistico delle società pubbliche dettato dall'art. 1, comma 3, del TUSP. Se ne occupa Marco Rossi con due articolati contributi su temi specifici: il riferimento è, in linea generale, alle regole dettate dal legislatore dei servizi pubblici in tema di compensi, di numero di componenti, alla stessa disciplina in tema di obiettivi di costi di funzionamento (oltre che alle regole in tema di soggezione alle regole del codice dei contratti, alle regole della trasparenza, delle selezioni concorsuali). Gli articoli vanno a focalizzare l'attenzione del lettore specificamente sul tema dei compensi degli amministratori e, dall'altro, degli obiettivi sui costi di funzionamento.

Va da sé che i profili di distonia rispetto alle coordinate ermeneutiche più sopra illustrate determinano conseguenze di carattere patologico che sono ben conosciute, della cui analisi sistematica (oltre alla disamina del caso specifico del danno erariale derivante dalla ricapitalizzazione della società, affrontato da Rossana Mininno nel suo pregevole contributo) si incarica l'importante e articolato intervento di Alberto Mingarelli.

Concludiamo il numero con un approfondimento di Francesco Modafferi sull'eternamente tormentato rapporto tra diritto di accesso e tutela della privacy, alla luce del perimetro tracciato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 184/2022 nella materia – altrettanto tormentata – del diritto alla salute in epoca emergenziale.

Direttore scientifico
Tiziano Tessaro
Magistrato Consigliere
presso la Corte dei conti,
sez. Emilia-Romagna

Direttore responsabile
Paolo Maggioli

Direzione, amministrazione
e diffusione
Maggioli Editore
è un marchio Maggioli s.p.a.
Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
Tel. 0541.628111
Fax 0541.622100

Comitato scientifico
Massimiliano Alesio, Giovanni Balsamo, Daniele Campalto, Roberto Camporesi, Riccardo Carpino, Caterina Cittadino, Eva Contino, Carla Franchini, Vittorio Galatro, Luigi Lovecchio, Maurizio Lucca, Leopoldo Mazzarolli, Fabio Melilli, Paola Menta, Paola Minetti, Alberto Mingarelli, Paola Morigi, Maria Giuliana Murianni, Riccardo Nobile, Luigi Oliveri, Francesca Palazzi, Alessandro Petrillo, Alberto Pierobon, Cinzia Renna, Carlo Saffioti, Agostino Tabarrini, Tiziano Tessaro, Walter Tortorella, Francesco Tramontana, Fabio Trojani, Luciano Vandelli, Francesco Verbaro

Progetto grafico
Candida Corsi

Redazione
Via del Carpino, 8 – 47822
Santarcangelo di Romagna (RN) Tel. 0541.628111

Servizio abbonamenti
Tel. 0541.628779
Fax 0541.624457
abbonamenti@maggioli.it
www.periodicimaggioli.it
Servizio clienti
clienti.editore@maggioli.it

Pubblicità
Maggioli ADV - Concessionaria di pubblicità
Via del Carpino, 8
47822 Santarcangelo
di Romagna (RN)
Tel. 0541.628736/8272 -
Fax 0541.624887
maggioliadv@maggioli.it
www.maggioliadv.it

Filiali:
Milano
Via F. Albani, 21 20149
Milano - Tel. 02.48545811
Fax 02.48517108

Bologna
Galleria del Pincio, 1 – 40126 Bologna - Tel. 051.229439-228676 - Fax 051.262036

Roma
Piazza delle Muse, 8 – 00197 Roma - Tel. 06.5894164

Bruxelles
Avenue d'Auderghem, 68
Bruxelles - Belgium
Tel. +32 27422821
Mob. +32 493061872
international@maggioli.it

Registrazione
presso il Tribunale di Rimini il 15.3.1967 al n. 25

Maggioli s.p.a.
Azienda con Sistema di Gestione Qualità certificato ISO 9001:2015
Iscritta al registro operatori della comunicazione n. di iscrizione al ROC: 10649

Tipografia di stampa
Maggioli SPA - Santarcangelo di Romagna (RN)

Condizioni di abbonamento:
ANNUALE:
• Rivista cartacea + digitale: euro 275,00 (Iva inclusa).
• Rivista digitale (pdf): euro 189,00 (Iva inclusa).
Il prezzo di una copia della rivista è di euro 53,00.
L'abbonamento alla Rivista dà diritto ad una serie di servizi online inclusi: archivio storico digitale, newsletter, l'esperto risponde e video corsi online.
Per ulteriori informazioni www.periodicimaggioli.it

Il pagamento dell'abbonamento deve essere effettuato con bollettino di c.c.p. n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. – Periodici Via Del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).
La rivista è disponibile anche nelle migliori librerie.
In mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il termine di 45 giorni successivi alla scadenza dell'abbonamento, la Casa Editrice, al fine di garantire la continuità del servizio, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non sarà ritenuta valida qualora l'abbonato non sia in regola con tutti i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.
I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo

Note per gli autori
Chi volesse contribuire con articoli può inviare icontributi a: cgalli@maggioli.it

L'Autore dovrà indicare recapito e qualifica professionale.
I manoscritti non pubblicati non si restituiscono.

Tutti i diritti riservati
È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'editore.
Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.
L'autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

Hanno collaborato a questo numero

Rossana Mininno
Avvocato del Foro di Milano.

Alberto Mingarelli
Viceprocuratore generale presso la Procura Regionale per l'Emilia-Romagna della Corte dei conti.

Francesco Modafferi
Dirigente di ruolo del Garante per la protezione dei dati personali.

Marco Rossi
Dottore commercialista in Genova, Revisore e consulente di enti e società pubbliche.

Tiziano Tessaro
Magistrato. Consigliere presso la Corte dei conti, sez. Emilia-Romagna.

COMUNI D'ITALIA

Il Mensile delle amministrazioni pubbliche

12/2022

Sommario

Editoriale

1 (Riforma dei) servizi pubblici locali e (nuovi) controlli
Dell'Idra di Lerna e della connessa moltiplicazione delle discipline di erogazione dei servizi (e delle verifiche intestate alla Corte dei conti) in ambito locale
di Tiziano Tessaro

I vincoli di finanza pubblica

13 Società partecipate, compenso degli amministratori
di Marco Rossi

20 Società partecipate e obiettivi sui costi di funzionamento
di Marco Rossi

I profili di responsabilità

24 Le responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società partecipate e di quelli degli enti pubblici soci
di Alberto Mingarelli

41 Il danno erariale da ricapitalizzazione delle società in perdita partecipate dai Comuni
di Rossana Mininno

Privacy: noi siamo i nostri dati

53 Il diritto di accesso ai dati personali
di Francesco Modafferi

61 Lo ha detto il giudice. Corte costituzionale n. 164/2022
di Francesco Modafferi

75 Dalla Gazzetta Ufficiale

78 Circolari e pareri

82 Quesiti

85 Giurisprudenza

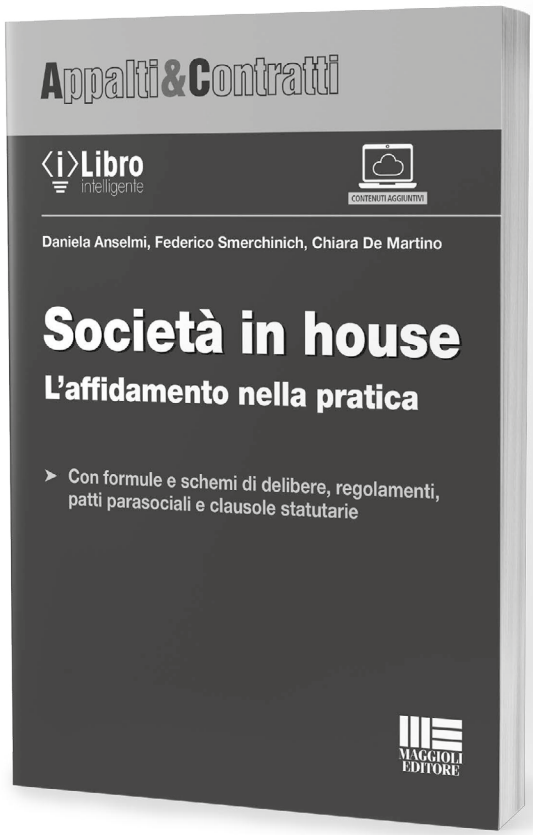
I servizi del tuo abbonamento

Rivista specializzata
Archivio storico digitale
Contenuti aggiuntivi
L'esperto risponde
Podcast
Videocorsi
Newsletter
www.periodicimaggioli.it

MAGGIOLI EDITORE
www.periodicimaggioli.it

SOCIETÀ IN HOUSE
L'affidamento nella pratica

➤ Con formule e schemi di delibere, regolamenti, patti parasociali e clausole statutarie



Aprile 2022 - Codice 88.916.5783.1
F.to 17x24 - **Pag. 198 - € 32.00**

Gli affidamenti diretti in house rappresentano uno strumento utile per la realizzazione di opere e servizi pubblici, quando il contesto di riferimento non consente di ricorrere all'evidenza pubblica o quando la gestione in autoproduzione rappresenta una soluzione di maggior efficienza e convenienza per la collettività di riferimento. Benché nel recente passato la normativa, la giurisprudenza e gli orientamenti dell'ANAC abbiano reso sempre più complicato ricorrere all'affidamento in house, richiedendo motivazioni particolarmente rigorose e un'attività istruttoria molto approfondita, nell'attuale periodo storico post pandemia, incentrato sugli obiettivi del PNRR e del Next Generation EU, si intravede un nuovo spiraglio di luce per l'in house, che può costituire lo strumento per raggiungere l'efficienza ricercata.

Perciò, senza dimenticare la natura residuale e lo sfavore che hanno accompagnato questo istituto nell'ultimo decennio, attraverso una visione evolutiva dell'affidamento in autoproduzione questo volume intende fornire alle amministrazioni pubbliche e agli utenti gli strumenti pratici per realizzare un modello di in house che sia funzionante, legittimo e rispettoso degli orientamenti giurisprudenziali e legislativi. In particolare, saranno descritti ai lettori tutti i passaggi per la realizzazione in concreto di un modello in house ed illustrati schemi e format di delibere e di regolamenti, di patti parasociali e clausole statutarie, utili a conseguire un valido affidamento diretto in autoproduzione.

DANIELA ANSELMI
Avvocato Amministrativista fondatore dello studio legale Anselmi&Associati.

FEDERICO SMERCHINICH
Avvocato amministrativista presso Anselmi&Associati.

CHIARA DE MARTINO
Avvocato amministrativista presso Anselmi&Associati.

CONTENUTI AGGIUNTIVI
Tutta la modulistica è disponibile anche online in versione compilabile

iLibro
L'acquisto dell'opera include l'accesso alla versione digitale iLibro.

MAGGIOLI EDITORE

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

Società partecipate, compenso degli amministratori

di Marco Rossi

"Il tema del compenso spettante agli amministratori delle società partecipate si presenta di assoluta rilevanza e di persistente attualità nel quadro della disciplina delle società pubbliche, in considerazione delle aspettative legate all'emanazione dei provvedimenti attuativi previsti in materia dal d.lgs. 175/2016."

Premessa

Sul piano più sostanziale la questione dei compensi per gli organi amministrativi (e di controllo delle società partecipate dalla pubblica amministrazione) è tendenzialmente rilevante nella prospettiva di assicurare adeguate competenze e professionalità rispetto a realtà che indubbiamente presentano una certa complessità.

Non vi è dubbio, infatti, che la congrua, efficace ed efficiente gestione di una società pubblica implichi la disponibilità di una serie di competenze specifiche e peculiari che non attengono esclusivamente al profilo manageriale ma anche al profilo più squisitamente normativo, avuto riguardo alle specificità delle società pubbliche.

Congiuntamente, e parallelamente, è del tutto evidente che la questione dei compensi ha una diretta influenza sul quadro di finanza pubblica e sulle spese pubbliche, con l'esigenza di assicurare una coerenza e proporzionalità rispetto all'apporto richiesto in termini di impegno, alle responsabilità nonché all'esperienza ed alle competenze richieste.

Il Testo unico delle società a partecipazione pubblica – all'art. 11 – dispone che "*con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, per le società a controllo pubblico sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società. Per le società controllate dalle regioni o dagli enti locali, il decreto di cui al primo periodo è adottato previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*".

In particolare, secondo il provvedimento, "*per ciascuna fascia è determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti*".

In ogni caso, il compenso dovrà essere mantenuto all'interno sempre del limite massimo di euro 240.000 annui, al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico.

Per effetto di una puntuale disposizione contenuta sempre nell'ambito del d.lgs. 175/2016 – inoltre – le stesse società sono chiamate esplicitamente a verificare il rispetto del limite massimo del trattamento economico annuo onnicomprensivo dei propri amministratori e dipendenti.
Il decreto da emanare, in più, dovrebbe determinare e stabilire i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente, fermo restando che, in caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta.
Al momento, il decreto in questione è stato predisposto ma non è stato definitivamente approvato e – pertanto – non risulta formalmente operante, nella prospettiva di definire e determinare il compenso spettante agli organi amministrativi e di controllo delle società partecipate disciplinate dal d.lgs. 175/2016 con tutti i conseguenti effetti, anche dipendente dal rilevante arco temporale intercorso rispetto all'introduzione della normativa legislativa.
È stato, invece, emanato il d.P.C.M. 23 agosto 2022, n. 143 recante il "*Regolamento in attuazione dell'articolo 1, comma 596, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 in materia di compensi, gettoni di presenza e ogni altro emolumento spettante ai componenti gli organi di amministrazione e di controllo, ordinari e straordinari, degli enti pubblici*" che non trova applicazione con riferimento alle società a partecipazione pubblica.

Quadro vigente

Per effetto della mancata approvazione della disciplina attuativa prevista dall'art. 11 del d.lgs. 175/2016 è destinata ad operare la disciplina transitoria, specificamente prevista dal Testo Unico delle società a partecipazione pubblica.
In particolare, nell'ambito di quest'ultimo, è chiarito esplicitamente infatti che "*fino all'emanazione del decreto di cui al comma 6 restano in vigore le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 4, secondo periodo, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e successive modificazioni, e al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 dicembre 2013, n. 166*".
Del resto, proprio il d.lgs. 175/2016 aveva esplicitamente abrogato la disciplina precedente, contemplata nell'articolo 1, commi 725, 726, 727, 728, 729, 730, 733 e 735 della l. 296/2006, che – tra i tanti aspetti significativi – aveva correlato il trattamento da riconoscere agli amministratori delle partecipate all'emolumento spettante al sindaco o presidente della provincia.
Nell'ambito di tali regole erano state previste pure dei criteri finalizzati a diversamente determinare il compenso per le società miste in funzione dell'incidenza del capitale detenuto da soggetti privati, sulla base di una logica tendenzialmente aritmetica e priva di particolare discrezionalità.
Ne consegue che, successivamente all'avvento del d.lgs. 175/2016, la disciplina dei compensi è quella recata dalla normativa richiamata dall'art. 11, che – appunto – rinviava transitoriamente ai vincoli dettati dal d.l. 95/2012 convertito nella l. 135/2012 che assume a riferimento il dato relativo all'esercizio 2013.
Più specificamente, la disposizione *de qua* prevede che "*A decorrere dal 1° gennaio 2015, il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori di tali società, ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche, non può superare l'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013*".
In proposito, è rilevante sottolineare che tale disposizione non risultava di univoca interpretazione, in considerazione della circostanza che il campo di applicazione non era così definito, soprattutto per effetto dell'abrogazione dei periodi precedenti contenuti nell'ambito dell'articolo.
Il comma 1, infatti, chiariva esplicitamente che la disposizione si riferiva alle "*società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento*", definendo puntualmente il perimetro.

In tale quadro interpretativo non del tutto definito erano comunque evidenti le problematiche che sarebbero potuto scaturire in chiave prospettica: assumere un dato storico, afferente un esercizio puntualmente individuato avrebbe potenzialmente determinato di per sé situazioni critiche, laddove il parametro preso in esame non fosse significativo. Tenendo conto, poi, delle dinamiche dell'attività aziendale il dato consolidato in un periodo amministrativo poteva oggettivamente non risultare più ragionevole in presenza di una rilevante evoluzione delle caratteristiche dell'attività sociale (fatturato, servizi, ecc.), pure per effetto delle scelte compiute dagli enti soci in una logica di razionalizzazione complessiva, in ossequio ai principi dettati dal d.lgs. 175/2016.

L'apposita struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche (di cui all'art. 15 del d.lgs. 175/2016), in uno specifico orientamento del 10.06.2019, ha così sancito che "*Pertanto, la soglia sopra menzionata si applicherebbe agli organi amministrativi di tutte le società a controllo pubblico, come definite dall'art. 2, comma 1, lett. m), del TUSP, e non soltanto alle "società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato*", generalizzando l'applicazione – quindi – alle società in controllo pubblico, a prescindere dalle caratteristiche.

Sul punto è ugualmente intervenuto l'Osservatorio per la Finanza e la contabilità degli enti locali mediante un apposito atto di indirizzo[1], il quale ha sancito che "*poiché l'art. 11 del TUSP si applica a tutte le società a controllo pubblico, anche la disciplina transitoria contemplata nel comma 7 del medesimo articolo 11 (nell'ambito della quale è scomparso il riferimento alla tipologia della società ed è rimasta esclusivamente l'indicazione del limite percentuale) non può che ricomprendere tutte le società a controllo pubblico, unificando così in un'unica previsione il trattamento dei compensi e senza che possa essere individuata alcuna sottocategoria di società a controllo pubblico estranea alla disciplina transitoria*".

Ad ulteriore rafforzamento della conclusione l'Osservatorio ha ritenuto opportuno evidenziare che "*il rinvio del TUSP all'art. 4, comma 4 del d.l. 95/2012, insomma, va inteso come circoscritto unicamente al parametro di determinazione del compenso previsto dalla previgente disciplina, senza che rilevi l'originario perimetro soggettivo determinato dal riferimento all'abrogato primo periodo; il che è del tutto ragionevole posto che, diversamente opinando, le abrogazioni apportate dalla lett. o) dell'art. 28 del TUSP determinerebbero un vuoto normativo con riferimento ai compensi dei consigli di amministrazione delle società a controllo pubblico diverse da quelle di cui all'art. 4, comma 4, primo periodo, d.l. 95/2012*".

Chiarito – quindi – che il perimetro applicativo della disposizione è esattamente corrispondente alle fattispecie contemplate dall'art. 11 si deve concludere che, nella prospettazione del legislatore, fino al momento dell'emanazione del decreto attuativo il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori di tali società (ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche) non può superare l'80% del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013.

Ai fini della corretta individuazione del parametro economico iniziale rileva, ancora, il richiamato orientamento della Struttura, secondo il quale rilevano "*in via generale, le seguenti componenti: – i compensi, ivi compresa la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche, al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario; – gli eventuali emolumenti variabili, quali, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, i gettoni di presenza ovvero gli emolumenti legati alla performance aziendale, al lordo dei contributi previ-*

(1) Denominato "atto di indirizzo ex art. 154, comma 2, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, Sui compensi degli amministratori delle società a controllo pubblico di cui all'articolo 11, comma 7, del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica approvato con decreto legislativo 19 agosto 2016, n.175".

denziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario; – gli eventuali rimborsi spese, determinati in misura forfettaria, che assumono – anche in ragione della continuità dell'erogazione – carattere retributivo, al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario".

Non rientrano, invece, i rimborsi spese specificamente documentati, nonché quelli determinati in misura forfettaria ma aventi carattere meramente restitutorio, in relazione all'espletamento di specifici incarichi rivestiti.

Interessante è congiuntamente sottolineare che, sempre secondo il documento, le società a controllo pubblico sono state invitate a dettagliare le singole voci di costo che contribuiscono alla determinazione del compenso dell'organo amministrativo per assicurare la necessaria trasparenza informativa anche ai fini della puntuale verifica del rispetto dei limiti.

Problematiche applicative

Una volta acquisito che, per individuare il limite della remunerazione, occorre fare riferimento al dato 2013 si pongono – oggettivamente ed immediatamente – alcune problematiche operative, in relazione a determinate situazioni che si manifestano in concreto.

Anche perché, così come anticipato in precedenza, possono verificarsi situazioni del tutto incongrue, nelle quali il compenso riconosciuto è del tutto irragionevole rispetto alle competenze richieste, al carico di lavoro ed alle correlate responsabilità.

Una prima situazione problematica che può presentarsi è l'assenza di un qualsiasi parametro di riferimento, dal momento che nell'esercizio 2013 – assunto dalla normativa – non è stato sostenuto alcun onere per la remunerazione dell'organo amministrativo.

Sul punto la magistratura contabile (Sezione del Veneto – parere n. 31/2018) ha risolto la criticità suggerendo la possibilità di garantire la remunerazione dell'incarico di amministratore in una società controllata che non abbia sostenuto oneri a tale titolo nell'esercizio 2013 assumendo l'onere sostenuto nell'ultimo esercizio nel quale risulti presente un esborso a tale titolo, fermo restando il criterio generale della stretta necessarietà.

Una seconda situazione problematica che può presentarsi concerne l'ipotesi che una remunerazione sia stata in allora corrisposta ma si presenti in oggi incongrua, anche per effetto dell'evoluzione intervenuta nel profilo societario (si pensi al caso in cui – nel corso del 2013 – il consiglio di amministrazione fosse composto anche da dipendenti degli enti soci).

In relazione a tale casistica alcuni orientamenti della magistratura contabili si sono schierati in senso non favorevole, ovvero confermando la cogenza inderogabile del vincolo che deve essere rispettato. Tale impostazione impedirebbe qualsivoglia superamento anche in presenza di situazioni nuove e contingenti come, ad esempio, aumentate competenze della società o ampliamento della relativa struttura in esito a operazione di aggregazione derivate dalla necessità di dare attuazione a piani di razionalizzazione delle partecipazioni societarie.

Tra i diversi orientamenti coerenti con tale impostazione deve essere segnalato un pronunciamento recente, della Corte dei conti della Sardegna (parere n. 124/2022), che precisa che "*sul punto, pur prendendo atto che la mancata adozione dell'atteso "decreto fasce" e la conseguente "ultra vigenza" di norme transitorie che nelle intenzioni del legislatore dovevano avere una obbligatoria ma limitata applicazione temporale ha prodotto l'effetto di consolidare un regime transitorio da cui scaturiscono compensi riconoscibili non adeguati alla situazione attuale, si ritiene che la problematica possa essere risolta solo con l'emanazione del nominato decreto o con un intervento diretto del legislatore e non per effetto di una pronuncia interpretativa del giudice contabile sulla norma in argomento, considerata la natura e il chiaro tenore letterale della stessa*".

Nella direzione di una maggiore flessibilità si è espressa, invece, la Sezione regionale del Friuli Venezia Giulia (parere n. 15/2020), il quale affronta il caso in cui il compenso 2013 sia "*talmente esiguo da poter essere considerato sostanzialmente inesistente, soprattutto se si abbia in considerazione*

la necessità di garantire un proficuo e professionalmente adeguato funzionamento degli organi societari".

In tale fattispecie è stato affermato che "*a fronte della sostanziale impossibilità di applicazione del comma 4 dell'art. 4 del d.l. 95/2012 nel caso prospettato e della necessità di dare attuazione al progetto societario stabilito dal Legislatore regionale, risulta, quindi, necessario che l'amministrazione si autolimiti, determinando, in base a canoni di ragionevolezza che coniughino gli obiettivi di efficacia, legati al reperimento delle migliori professionalità, con gli obiettivi di economicità e contenimento della spesa, dei valori di compenso che, anche considerando altre realtà societarie proficue di dimensioni analoghe, possano considerarsi adeguati alla luce di un'ottica di contenimento*".

Tendenzialmente flessibile è anche l'orientamento dell'Osservatorio nel ricordato atto di indirizzo, nel quale si precisa coerentemente con tale impostazione che "*una severa e aprioristica adozione del dato del 2013, in tanto si configura –tendenzialmente – come ragionevole, in quanto riferita esclusivamente a società strumentali; le quali sole erano tenute a conformarsi al vincolo della riduzione all'80% già con l'introduzione del d.l. 95/2012 (alla luce della ricordata giurisprudenza costituzionale) e per le quali sole, dunque, il rispetto della norma non comporta, oggi, repentini scompensi, perché in lineare continuità con un contenimento dei costi di amministrazione inaugurato già in occasione della prima applicazione della norma*".

Infatti, nel documento si conclude ammettendo che l'amministrazione controllante, in presenza di motivate e comprovate esigenze connesse ai principi di ragionevolezza e buon andamento, possa discostarsi dal dato del 2013 per fare così riferimento ad altra annualità, dotata di maggiore significatività ed omogeneità, sulla quale applicare la prescritta riduzione.

In alternativa, in caso di indisponibilità del riferimento 2013, sarebbe possibile pervenire "*a una determinazione del compenso che – come indica la giurisprudenza contabile meno rigorosa – sia in grado di coniugare gli obiettivi di efficacia, legati al reperimento delle migliori professionalità, con gli obiettivi di economicità e contenimento della spesa e che risulti adeguato, in un'ottica di stretta necessità, alla luce di realtà societarie proficue di dimensioni analoghe*".

L'insieme delle interpretazioni conferma un quadro non pienamente definito rispetto alla delimitazione dei vincoli riguardanti la remunerazione degli organi amministrativi in funzione del regime transitorio introdotto dal d.lgs. 175/2016 e che si basa sull'onere sostenuto avuto riguardo al periodo amministrativo 2013.

Se, infatti, sussistono pochi dubbi in relazione all'ipotesi dell'assenza di alcuna remunerazione alcuni margini di incertezza si manifestano laddove l'onere 2013 non sia ragionevole e, per quanto esistente, non si presenti congruo in funzione delle caratteristiche dell'apporto richiesto all'organo amministrativo.

Di conseguenza, laddove si voglia percorrere una soluzione caratterizzata da una maggiore flessibilità, è indispensabile garantire una congrua motivazione alle scelte, soprattutto valorizzando la mutata fattispecie che si è determinata in rapporto alla situazione base corrispondente all'esercizio di riferimento che è stato assunto dalla normativa[2].

Riduzioni emolumenti per perdite

Con riferimento alla tematica dei compensi degli organi amministrativi delle società partecipate deve essere sottolineato che, in alcuni casi, l'ordinamento prevede specificamente alcuni effetti

(2) La recente pronuncia della Sezione della Lombardia della Corte dei conti in sede di controllo (Deliberazione n. 99/2022) ha evidenziato quanto segue: "*Dal prospetto, si ricava il superamento della quota dell'80 % di euro 33. 359. 20, rispetto ai compensi indicati nei piani di razionalizzazione di euro 124.299.00 (2017) euro 98.383,00 (2018) euro 95. 639.00 (2019) ed euro 91. 634, 00 (2020). Il Collegio ritiene che questo profilo vada sottoposto alla attenzione della Procura contabile con riferimento al disposto del comma 12 dell'articolo 4 del decreto-legge n. 95 del 2012 che prevede "Le amministrazioni vigilanti verificano sul rispetto dei vincoli di cui ai commi precedenti; in caso di violazione dei suddetti vincoli gli amministratori esecutivi e i dirigenti responsabili della società rispondono, a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati*".

sull'emolumento in presenza di risultati reddituali non favorevoli della società.
È chiara la finalità perseguita dal legislatore, che si traduce – da una parte – in un effetto sanzionatorio per l'organo amministrativo in quanto tale (a prescindere dai componenti effettivi) e – dall'altra parte – in un effetto di contenimento degli oneri nella prospettiva del risanamento.
La disposizione che rileva è contenuta, in particolare, nell'art. 21 del d.lgs. 175/2016 e riguarda le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80% del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo.
In questa ipotesi si rende necessario procedere alla riduzione del 30% del compenso dei componenti degli organi di amministrazione, a condizione però che il risultato economico, benché negativo, non sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante.
In altri termini, la sanzione non trova applicazione nell'ipotesi che il risultato negativo sia fisiologico rispetto al percorso di risanamento formalizzato in un piano che è stato approvato – appunto – dall'ente controllante.

Incarichi a soggetti in quiescenza

Affrontando il tema dei compensi spettanti ai componenti degli organi amministrativi delle società partecipate – nella prospettiva della completezza – non si può non ricordare il particolare regime vigente per gli amministratori che sono in quiescenza.
Si tratta della disciplina recata dal d.l. 95/2012, a mente del quale le amministrazioni non possono conferire a tali soggetti cariche in organi di governo degli enti e società da esse controllati, fermo restando che tali incarichi possono essere attribuiti a titolo gratuito (nell'ipotesi di incarichi societari, tra l'altro, non è destinato ad operare il limite temporale).
Come ha chiarito il Dipartimento della Funzione Pubblica in un apposito parere (DFP n. 81269 del 18.12.2020) l'interpretazione da accogliere è piuttosto ampia ed estesa, dal momento che il termine di "lavoratori", in base al quale "*l'uso del termine … va interpretato proprio al fine di comprendere tutti i lavoratori, sia dipendenti che autonomi, a prescindere dall'attività lavorativa svolta prima di essere collocati in quiescenza, in coerenza, peraltro, con la ratio della disposizione di conseguire risparmi di spesa*".
Di conseguenza, tale vincolo è destinato a "scattare" pure nei confronti di professionisti collocati in quiescenza presso enti privati di previdenza obbligatoria che, pertanto, possono essere destinatari – anch'essi – esclusivamente di incarichi di titolo gratuito.
Siffatta conclusione è ulteriormente confermata da un successivo parere (DFP-0036607-P-28/05/2021) sempre della Funzione Pubblica, secondo il quale il divieto di riconoscimento di compensi scatterebbe anche laddove la quiescenza intervenisse nel corso dell'incarico.
Tale nota, infatti, esplicitamente precisa – richiamando un orientamento della Corte dei conti (Sezione regionale di controllo della Lombardia, parere n. 28/2019) – che "*la modifica di status del soggetto incaricato (da dipendente a pensionato) nel corso dell'espletamento del mandato e, quindi, la "sopravvenienza" di una situazione giuridica diversa rispetto a quella inizialmente considerata all'atto del conferimento dell'incarico, determina l'obbligo di applicare la normativa prevista per lo status sopravvenuto, con la medesima decorrenza e col prescritto regime di gratuità*".

Obblighi di trasparenza

I compensi riconosciuti ai componenti degli organi di indirizzo devono, infine, trovare rappresentazione nell'ambito della Sezione "Società trasparente", nel pieno rispetto di quanto contemplato dal d.lgs. 33/2013 con una profonda differenza tra le società in controllo pubblico e non in controllo pubblico.
Per le prime – ad evidenza – gli obblighi di trasparenza (si veda la deliberazione ANAC n. 1134/2017)

riguardano i "Compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica" oltre che "Importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici", da riportare nell'ambito della Sezione "Organizzazione" e Sotto-sezione "Titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo".

Per le seconde si applicano le misure di trasparenza in quanto compatibili, limitatamente a dati e documenti inerenti l'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione Europea, con la conseguenza che gli obblighi di trasparenza non riguardano pertanto dati e informazioni relativi all'organizzazione.

Secondo l'ANAC (si vedano le FAQ) – tra l'altro – gli obblighi di pubblicazione devono essere anche assolti anche con riferimento alle realtà in fase di liquidazione, in quanto compatibili, relativi sia all'organizzazione sia all'attività di pubblico interesse svolta.

La procedura di liquidazione, infatti, non comporta l'immediata estinzione della società, che opera al fine di provvedere al pagamento dei creditori sociali e della ripartizione del residuo attivo fra gli soci, con la conseguenza che nella fase di liquidazione, di durata incerta, la società può continuare a svolgere attività utilizzando risorse pubbliche spesso ingenti, in relazione allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ricompresi nell'oggetto sociale.

Società partecipate e obiettivi sui costi di funzionamento

di Marco Rossi

> Le caratteristiche del *business* sono decisive rispetto alle dinamiche caratterizzanti i costi di funzionamento e che condizionano l'andamento, considerando che possono esserci attività che presentano un diversificato livello di fabbisogno di risorse umane.

Premessa

La gestione delle società partecipate (e più in particolare delle controllate) implica, da parte degli enti controllanti, un'attività di *governance* per indirizzare al meglio tali realtà nel perseguimento delle finalità assegnate nel rispetto di condizioni di equilibrio economico-finanziaria, quale presupposto di durabilità nel tempo.

In tale prospettiva e logica si presenta di particolare importanza la previsione contemplata dall'art. 19, comma 5, del d.lgs. 175/2016, a mente del quale "*le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito all'articolo 25, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale*".

A loro volta, sempre sulla base della medesima disposizione, "*le società a controllo pubblico garantiscono il concreto perseguimento degli obiettivi di cui al comma 5 tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello*", fermi restando gli obblighi di pubblicazione (tanto per le società, quanto per gli enti controllanti).

In altri termini la normativa richiama gli enti ad individuare appositi obiettivi (che devono essere specifici), tanto annuali che pluriennali, in ordine al complesso delle spese di funzionamento, comprendendo le spese di personale e tenendo conto del settore in cui l'azienda opera.

È evidente, infatti, che le caratteristiche del *business* sono decisive rispetto alle dinamiche caratterizzanti i costi di funzionamento e che condizionano l'andamento, considerando che possono esserci attività che presentano un diversificato livello di fabbisogno di risorse umane.

Nel caso degli enti locali è da ritenere che, alla luce dei contenuti, sia possibile la fissazione di tali obiettivi nell'ambito del Documento Unico di Programmazione (D.U.P.), fermo restando che pure sono adottabili soluzioni diverse che, ad esempio, prevedono l'approvazione da parte dell'organo esecutivo mediante apposita deliberazione di un apposito documento dedicato.

In ogni caso, tali obiettivi devono sussistere e devono essere definiti come più volte chiarito dalla magistratura contabile, anche richiedendo un'indicazione in proposito nell'ambito del questionario degli organi di revisione economico-finanziaria avuto riguardo al bilancio di previsione 2022/2024. Così procedendo, del resto, si responsabilizza l'Amministrazione socia che, sulla base delle informazioni in proprio possesso e di valutazioni di ordine economico, dovrà costruire degli obiettivi reali e raggiungibili e, in seguito, verificarne la realizzazione.

Il parere n. 80/2017 della Sezione regionale di controllo della Liguria

Tra le molteplici indicazioni della Corte dei conti è opportuno ricordare, anche per l'innovatività, la pronuncia n. 80/2017 della Sezione regionale di controllo della Liguria, che offre sul punto un quadro organico e sistematico, nella prospettiva di delineare efficacemente i contorni di tale meccanismo di *governance*.

Secondo tale parere nell'ambito della definizione degli obiettivi, annuali e pluriennali, inerenti le spese di funzionamento e le spese di personale delle società pubbliche (richieste dall'art. 19 del d.lgs. 175/2016) le amministrazioni controllanti possono adottare un approccio elastico, al fine di mantenere una corrispondenza, comunque caratterizzata da efficienza, con i volumi di attività e di fatturato sviluppati.

Nell'attuale quadro normativo, del resto, è del tutto legittimo che le amministrazioni pubbliche (e le partecipate) effettuino delle scelte che spingono della direzione dell'aumento dei servizi affidati alle società controllate.

È quanto avviene concretamente, ad esempio, nell'ipotesi che uno o più enti locali entrino nel capitale di una società pubblica già operante allo scopo di procedere all'affidamento (secondo il modello *dell'in house* e proprio ricorrendo alla stessa società) di determinati servizi pubblici locali ovvero nell'ipotesi che un ente che controlla una società trasferisca a quest'ultima ulteriori servizi, essendo tra l'altro obbligata a trasferire anche il personale originariamente e internamente dedicato a quel segmento di attività (ai sensi della l. 244/2007). A ben vedere, anzi, il raggiungimento – da parte delle società pubbliche – di una dimensione critica costituisce un obiettivo chiaramente implicito nel d.lgs. 175/2016 che, infatti, spinge le amministrazioni pubbliche verso la dismissione delle società che non raggiungono una determinata soglia di "fatturato" e favorisce le soluzioni che si traducono nell'aggregazione di diverse realtà societarie.

Inoltre, sempre il d.lgs. 175/2016 – esplicitamente – consente alle società *in house* di operare anche nei confronti di enti non affidanti, seppure entro una soglia (aliquota) percentualmente determinata (20%) oltre la quale scatta l'obbligo di ripristino della piena conformità normativa.

Ancora, la crescita dell'attività delle partecipate pubbliche può consentire il perseguimento di consistenti economie di scala che corrispondono ad un progressivo accrescimento delle condizioni di efficienza nello svolgimento dei servizi pubblici locali e, in ultima analisi, di migliore impiego delle risorse pubbliche prelevate dalla collettività di riferimento.

Adottando un approccio restrittivo, è del tutto evidente che, nei casi di incremento degli affidamenti gestiti o dell'attività svolta, le partecipate si troverebbero nell'assoluta difficoltà di non disporre del personale necessario per garantire adeguati livelli quali-quantitativi di servizio ovvero costrette a ricorrere (a loro volta) ad ulteriori esternalizzazioni di servizi, con un approccio non particolarmente razionale.

Secondo il parere, invece, è possibile adottare soluzioni maggiormente flessibili, destinate a valorizzare la correlazione tra il personale (e la relativa spesa) e l'attività prodotta, anche giustificando una politica assunzionale espansiva in valore assoluto ma compatibile con il principio di efficienza e con la realizzazione di economie di scala (ad esempio, riprendo una specifica indicazione del parere, passando da un fatturato di 100 con 10 unità di personale ad un fatturato di 200 con 12 unità di personale).

Tanto è vero che la necessità di aumentare l'attività prodotta, in favore degli enti pubblici e di terzi, con contestuale aumento del fatturato e dei servizi

prodotti, il conseguimento di economie di scala e l'efficientamento del servizio, giustifica un'interpretazione della norma destinata a consentire maggiore elasticità nelle politiche concernenti la gestione del personale e del contenimento della spesa, che non possono essere assunte restrittivamente soltanto perché alcune società pubbliche presentano dei risultati negativi.
È parimenti ovvio che un aumento dell'attività svolta e del fatturato non è una condizione di per sé sufficiente a giustificare un incremento del personale se, in base a valutazioni di ordine economico, le risorse umane in essere presso la società siano già ampiamente sufficienti – in termini numerici – per espletare il maggiore servizio.
Congiuntamente, nondimeno, occorre prestare particolare attenzione alla potenziale durata della maggiore attività, in quanto sarebbe incoerente e irrazionale gravare la società di costi fissi a tempo indeterminato qualora l'aumento del fatturato – e della connessa attività – sia limitata nel tempo.
A rafforzare ulteriormente la possibilità di un approccio meno restrittivo rileva pure la formulazione letterale del dettato normativo dell'art. 19, nel quale non si rinviene alcun diretto richiamo alle norme di finanza pubblica che valgono per le spese – complessive ed individuali – del personale dipendente da enti pubblici o per le relative assunzioni.

Le modalità di definizione degli obiettivi relativi ai costi di funzionamento

La definizione normativa – opportunamente – consente alle amministrazioni di utilizzare approcci diversi, adattabili alle singole realtà e coerenti con le caratteristiche che possono avere le singole partecipate ma anche le stesse amministrazioni controllanti.
Un primo punto saliente concerne l'individuazione delle spese di funzionamento, dal momento che non vi è corrispondenza immediata con una specifica voce del bilancio di esercizio della società, tenuto che – partendo dalla definizione dell'art. 19, comma 5, del d.lgs. 175/2016 – gli oneri relativi al personale sono distinti ma ricompresi.
È evidente che l'ambito da prendere in considerazione è costituito dalla voce B del bilancio relativa ai costi della produzione, che può essere assunta *ex se* oppure meglio declinata concentrando l'attenzione sulle voci analitiche che attengono di più alle logiche del funzionamento (tenendo conto del fatto che all'interno sono ricompresi gli oneri relativi agli ammortamenti che dipendono dalle dotazioni strumentali).
Una soluzione, consequenzialmente, può essere quella di limitare (nella prospettiva di considerare i costi operativi) la considerazione a talune grandezze rappresentate, ad esempio, dalle seguenti: B6 "Costi di acquisto delle materie prime"; B7 "Costi per servizi"; B8 "Costi per godimento beni di terzi"; B9 "Costi del personale" e B 14 "Oneri diversi di gestione", in modo congiunto o distinto.
Un secondo punto saliente concerne le modalità definizione degli obiettivi da assegnare alle società, che possono essere definiti: a) in valore assoluto, individuando la soglia massima tollerabile per rispettare l'obiettivo per una o più delle voci indicate; b) in valore percentuale, in funzione di un parametro opportunamente selezionato del medesimo periodo; c) in termini di variazione rispetto ad un parametro precedente, nella prospettiva di incidere sulle dinamiche nel corso del tempo.
Un terzo punto saliente interessa, nel caso in cui si faccia riferimento ad un rapporto, la grandezza assunta quale parametro o paragone, tenuto conto delle esigenze di controllo che si intendono concretizzare.
È chiaro che la scelta non è neutrale e dipende molto dal contesto di riferimento che connota la società presa in considerazione: i dati storici possono essere rilevanti ed efficaci in presenza di una tendenziale stabilità del quadro, anche rispetto agli affidamenti di cui fruiscono le società interessate (e, naturalmente, agli enti soci) mentre laddove ci sia una maggiore dinamicità può essere utile assumere un riferimento al valore della produzione ovvero ai ricavi.
In proposito, è possibile assumere – tra le diverse alternative – una grandezza prevalentemente focalizzata sulle componenti economiche positive (come il valore della produzione o i ricavi delle ven-

dite e delle prestazioni), un grandezza prevalentemente focalizzata sulle componenti economiche negative (come i costi della produzione) ovvero una grandezza che opera in termini di differenza (come il margine operativo lordo – M.O.L.).
È chiaro che, ad integrazione, con uno spirito rafforzativo, diviene anche possibile combinare parametri e grandezze più ampie e generali (come quelle declinate in precedenza) con indicatori riferiti a voci ed oneri sui quali si ritiene di esercitare una governance più precisa come, per esempio, gli oneri per la contrattazione di secondo livello, le spese per le consulenze e gli incarichi ed altri aspetti ancora.

Conclusioni

Al di là delle concrete modalità utilizzate, e delle concrete soluzioni adottate, è indubbio che – nell'ambito della *governance* delle società partecipate – un tema critico e delicato, ma sicuramente da assicurare con precisione, è proprio costituito dalla definizione degli obiettivi di cui all'art. 19, comma 5, del d.lgs. 175/2016.
Si tratta, infatti, uno strumento che può favorire il conseguimento di condizioni di equilibrio della gestione economico-finanziaria, limitando le dinamiche che caratterizzano un aggregato di spesa tendenzialmente ampio ed articolato che deve essere attentamente vigilato.
In caso di controllo congiunto, poi, è da evidenziare l'utilità di un approccio condiviso da parte dei diversi enti locali soci, per semplificare e rendere più coerente l'approccio e per escludere la definizione di obiettivi e parametri tra di loro non pienamente compatibili.
È da ricordare conclusivamente che tali obiettivi devono essere recepiti dalle società in controllo pubblico tramite propri provvedimenti anche in sede di contrattazione di secondo livello, verificandone progressivamente il conseguimento e la realizzazione.

Le responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società partecipate e di quelli degli enti pubblici soci

di Alberto Mingarelli

"Al di fuori del caso su cui ormai sia il testo unico che la giurisprudenza delle sez. un. della Cassazione hanno riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti, ossia quello delle società in house, ci si chiede in quali altri casi vi sia la giurisdizione della Corte dei conti su amministratori e dipendenti delle società partecipate controllate da enti pubblici e sulle società private *tout court* e in quali la giurisdizione contabile riguardi, invece, gli amministratori e dipendenti degli enti pubblici controllanti le società."

1. La distinzione tra società partecipate *tout court* e società in house secondo il decreto "Madia"

Il fenomeno delle società partecipate da enti pubblici ha conosciuto la sua esplosione in Italia dopo l'entrata in vigore della legge 142/1990, dove era prevista la possibilità di abbandonare il modello tradizionale delle aziende municipalizzate. Le stesse, nonostante il contenimento imposto dalle normative di legge successive che – a partire dalla legge finanziaria per il 2008, seguita da varie leggi normative sulla spending review – hanno ridotto la possibilità per gli enti territoriali di costituzione di nuove società partecipate e imposto la cessione o scioglimento delle società partecipate inattive, restano ancora oggi imponenti e rilevanti sia per numero che per quantità di risorse pubbliche che utilizzano. Il rapporto dell'ISTAT al 30.12.2020 parla di 8.510 unità economiche partecipate da enti pubblici, mentre quelle controllate da enti pubblici erano 3.585.

Il d.lgs. 175/2016 è la prima normativa che si pone come obiettivo di regolare in forma completa e coordinata tutte le principali questioni giuridiche connesse alla società a partecipazione pubblica.

L'art. 20 prevede i **piani di razionalizzazione**, corredati di un'apposita **relazione tecnica**, con specifica indicazione di modalità e tempi di attuazione, sono adottati ove, in sede di analisi di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche rilevino:

a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4;

b) società che risultino prive di dipendenti o ab-

biano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;

c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;

d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro;

e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;

f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento;

g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.

Per il d.lgs. 175 del 2016 rileva il **controllo pubblico** dal momento che il Testo unico individua una disciplina differenziata, a seconda che la società possa dirsi **soggetta a controllo pubblico** ovvero che rientri nel novero delle **società a partecipazione pubblica**.

In tale prospettiva, viene in rilievo la definizione contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. *m)*, del d.lgs. n. 175/2016, secondo cui per "società a controllo pubblico", si intendono «*le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)» della medesima disposizione.*

In base a tale ultima definizione (di cui alla lett. *b)* della cit. disposizione), la relazione di "controllo" sussiste nella situazione descritta **nell'articolo 2359 del codice civile**. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è **richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.**

A sua volta, l'art. 2359 c.c., richiamato dalla sopra cit. disposizione, stabilisce che «*sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi…».*

Si è osservato che dalla lettera delle norme e dalle pronunce giurisprudenziali in materia, sembrerebbe che il controllo pubblico – a parte il caso dell'esistenza di patti parasociali in senso diverso – deve intendersi con riferimento al controllo di un unico ente pubblico e non alla sommatoria delle partecipazioni di più enti.

Altro discorso ha fatto l'ANAC per le *società in house*.

Nella determinazione dell'ANAC n. 1134 del 8 novembre 2017, di approvazione delle nuove "*linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*" è stato osservato che, esaminato il contesto normativo di riferimento, da cui emerge una peculiare configurazione del rapporto di controllo (analogo) esercitato dalle Amministrazioni partecipanti, l'Autorità sostiene che tale tipologia di società rientra, "a maggior ragione" e, dunque, in ogni caso, tra le società a controllo pubblico. Il che comporta – ad avviso dell'Autorità – che debba essere considerata Amministrazione controllante **non solo quella titolare delle partecipazioni,** ma anche, quando non coincidente, quella a cui è attribuito, per espressa previsione normativa, statutaria o di altro atto, **il potere di controllo analogo**.

Di talché, pare potersi desumere, a corollario di tali osservazioni, che l'Autorità consideri il "controllo analogo" come suscettibile di ricomprendere la relazione di controllo a cui fa riferimento il Testo unico, con la conseguenza che tutte le società in house rientrano necessariamente nella

categoria delle società controllate. Il che dovrebbe necessariamente valere anche nel caso di controllo analogo congiunto da parte di una **pluralità di Amministrazioni**.

Un'ulteriore considerazione degna di nota riguarda, poi, il caso **dell'influenza dominante fondata su particolari vincoli contrattuali** (il c.d. controllo esterno) *ex* art. 2359, comma 1, n. 3), c.c.: ad avviso dell'Autorità, si tratta di un'ipotesi di controllo che non ha origine e non si realizza all'interno dell'assemblea, ma semmai in un condizionamento oggettivo ed esterno dell'attività sociale, che influenza direttamente l'attività economica realizzata dalla società. Tale tipologia di controllo non può ritenersi sussistente "*laddove la società che si assume controllata possa sciogliersi dai vincoli contrattuali che la legano alla controllante e instaurare identici rapporti contrattuali con altre società*". Pertanto, i particolari vincoli contrattuali, idonei a configurare l'influenza dominante esterna, sono – a detta dell'Autorità – solo quelli che rappresentano una vera e propria condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società.

Una delle norme più significative che riguarda le società soggette a controllo pubblico è quella che concerne **l'organo amministrativo**: L'Art. 11 TUSP: "*L'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico.*

L'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo. La delibera è trasmessa alla sezione della Corte dei conti competente.

Gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti. Qualora siano dipendenti della società controllante, in virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi alla società di appartenenza".

Dall'altro lato, tuttavia, occorre considerare che l'art. 11, comma 8, cit. limita il suddetto divieto alle sole società a controllo pubblico che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *m)*, sono «le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera *n)*», mentre nei confronti delle società in house viene esercitato il "controllo analogo" di cui alla lettera *c)* – e non *b)* – del predetto art. 2, comma 1.

Pertanto, il controllo analogo congiunto esercitato dai soci sulla società in house non sempre è suscettibile di integrare la nozione di controllo civilistico *ex* art. 2359 c.c., con la conseguenza che, in taluni casi, caratterizzati dalla presenza di partecipazioni di ridotta entità e di assenza di strumenti di governance che garantiscano alla singola amministrazione partecipante l'esercizio del controllo civilistico sulla società in house, è plausibile ritenere che l'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 11, comma 8, non trovi applicazione nei confronti dei dipendenti delle Amministrazioni partecipanti.

Sia pur con le limitazioni di cui sopra si è detto, la causa di incompatibilità prevista dal più volte cit. art. 11, comma 8, è foriera di rilevanti difficoltà applicative, in quanto essa, oltre ad aggiungersi al sistema di preclusioni delineato dal d.lgs. n. 39/2013, opera in combinato disposto con il divieto di conferimento degli incarichi a lavoratori in stato di quiescenza.

Per quanto riguarda il personale dipendente le **società sottoposte al controllo pubblico** sono regolate dall'art. 19 del Testo unico delle società partecipate.

Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei princìpi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei princìpi di cui all'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto

art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001.
I predetti provvedimenti sono pubblicati sul sito istituzionale della società. In caso di mancata o incompleta pubblicazione si applicano gli artt. 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013.
Salvo quanto previsto dall'art. 2126 c.c., ai fini retributivi, **i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui sopra, sono nulli.** Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale.
Le Amministrazioni pubbliche titolari della partecipazione fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale.
Per le società in house, l'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011 prevedeva invece: "*Le società affidatarie in house adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, nonché i vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'art. 18, comma 2-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008.*
L'art. 16 del d.lgs. 175/2016 si occupa espressamente delle **società in house:** *1. Le società in house ricevono* ***affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto*** *solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.*
2. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1:
a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile;
b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;
c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.
3. Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci ((...)).
((3-bis. La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.))
4. Il mancato rispetto del limite quantitativo di cui al comma 3 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del presente decreto.
5. Nel caso di cui al comma 4, la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti ((...)) con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa.
Per la **responsabilità degli amministratori delle società in house** la disposizione è l'art. 12 del d.lgs. 175/2016, che si può considerare recettivo della giurisprudenza delle sez. un. della Cassazione (cfr. Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283).

Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate

1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti ***alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house****. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.*

2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito ***dagli enti partecipanti****, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione*

Risulta rilevante anche l'art. 13 del d.lgs. 175/2016 avente ad oggetto il ***Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico:*** *1. Nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'articolo 2409 del codice civile,* ***ciascuna amministrazione pubblica socia****, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è* ***legittimata a presentare denunzia di gravi irregolarità al tribunale.***

2. Il presente articolo si applica anche alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata.

L'art. 14 del d.lgs. 175/2016 si occupa della *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica:*

1. Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese ((in stato di insolvenza)) di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

2. Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, ((comma 2)), uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

3. Quando si determini la situazione di cui al ((comma 2)), la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile.

4. Non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2, la previsione di un ***ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie,*** *anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un* ***piano di ristrutturazione aziendale****, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del ((comma 2)), anche in deroga al comma 5.*

5. Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, ***non possono,*** *salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, ((****sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito))****, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in*

un ***piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti*** *con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma.*

6. Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

Per le società in house, oltre alla normativa del d.lgs. 175/2016, deve considerarsi anche l'art. 5 del codice contratti, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, (*Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico): 1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati ((le quali non comportano controllo o potere di veto)) previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

3. Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;
b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.
6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.
7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.
8. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.
9. Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica.

Ancora per le società in house deve considerarsi anche ***l'art. 192 Codice contratti*** *(Regime speciale degli affidamenti in house): 1. È istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici,* ***l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5****. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. ((L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici.)) La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.*
2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella

motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.
3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.
Per lungo tempo rimesso **esclusivamente alla ricostruzione giurisprudenziale**, il fenomeno del c.d. in house providing ha ricevuto una compiuta disciplina legislativa da parte sia dell'art. 16 TUSP che degli artt. 5 e 192 del codice dei contratti pubblici.
In linea di principio, la distinzione tra le due discipline dovrebbe fondarsi sul binomio organizzazione-attività, nel senso che le previsioni contenute nel citato art. 16 dovrebbero riguardare la configurazione della società a totale partecipazione pubblica come modello societario *sui generis*, laddove le disposizioni del codice dei contratti pubblici dovrebbero regolare l'attività contrattuale delle stesse società.
In realtà, questa distinzione è tutt'altro che netta, dando luogo ad una disciplina del fenomeno in house che risulta necessariamente dalla somma e, in alcuni casi dall'intreccio, dei due gruppi di norme. Per capire meglio, i requisiti essenziali per qualificare una società a totale partecipazione pubblica come società in house providing sono dettagliatamente **disciplinati sia all'art. 16 TUSP che all'art. 5 del codice.**
Sotto il profilo testuale, poi, tali disposizioni non coincidono, per cui all'interprete è richiesta in alcuni casi un'integrazione, si pensi al controllo analogo congiunto, in altri una scelta tra due espressioni differenti, si pensi all'attività prevalente. Ancora, l'art. 192 del codice regola la costituzione di un albo delle amministrazioni pubbliche che operano mediante affidamenti diretti (in house) che ha precipuamente dei riflessi sull'organizzazione e non sull'attività delle società.
Va considerato peraltro che sotto l'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia, nella pratica sono andati enucleandosi **diversi modelli di *in house providing***.
Questi modelli sono accomunati dalla presenza dei tre requisiti fondamentali *a)* il c.d. controllo analogo; *b)* la c.d. attività prevalente; c) la proprietà pubblica.
Essi si differenziano, tuttavia, per le modalità con le quali si esercita il controllo in base ed il numero delle persone giuridiche coinvolte.
Si potrà pertanto avere un **controllo individuale o congiunto** a seconda che le amministrazioni partecipanti siano una o più, ovvero un **controllo diretto o indiretto** a seconda che si abbia una relazione bipartita tra Amministrazione controllante e società in house, ovvero una relazione tripartita tra Amministrazione controllante, società pubblica holding e società controllata in house.
Tra le ipotesi di controllo indiretto non viene espressamente disciplinato il **c.d. in house orizzontale**, pure ammesso dalla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia e richiamato nelle linee guida ANAC n. 7 sull'elenco di cui all'art. 192 citato. Si tratta di una **relazione tra due società a partecipazione pubblica totale senza alcun rapporto diretto di partecipazione tra loro, ma totalmente partecipate dalla medesima amministrazione** (CGUE causa C-15/13, Technische Universität Hamburg).
È stato osservato in dottrina che il dato centrale delle società in house è **rappresentato dall'assenza di vocazione al lucro**. Ora, senza che sia necessario prendere posizione in merito all'essenzialità del lucro soggettivo o al rapporto tra la previsione dell'art. 2247 c.c. e la causa del contratto di società, è indubbio che, mentre le società a partecipazione mista, proprio in ragione della presenza dell'operatore economico privato, si caratterizzano per essere dirette alla produzione, diretta o indiretta di utili, quelle in house providing, caratterizzate dall'assen-

za di un privato lucrativo e dalla riconduzione all'ambito organizzativo dell'ente controllante, sfuggono alla medesima logica. In altri termini, mentre alle società miste accedono, per parte pubblica, al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente partecipante e, almeno per parte privata, alla produzione di utilità finanziarie, nelle società in house l'assenza del socio privato rende il lucro (quantomeno quello soggettivo) meramente eventuale (se dichiarato espressamente dall'ente controllante) o addirittura occasionale (se conseguente ad una virtuosa gestione ed alle condizioni in cui sono prestate le attività).
Se così è, l'efficienza riferita alle società in house non può che essere cosa diversa dall'efficienza nelle società a partecipazione mista e finisce per dover essere declinata in modo differente l'economicità stessa dei risultati. La gestione per mezzo di società in house è una gestione diretta dell'ente e come tale dev'essere valutata anche sotto il profilo dell'efficienza. Il piano economico-finanziario e il piano industriale, necessari al pari di quanto avviene per le società miste, potranno ragionevolmente prevedere diseconomie di gestione giustificate dagli interessi pubblici da perseguire, dimostrati prevalenti, al pari di quel che accadrebbe se l'ente provvedesse alla produzione dell'attività con le sue strutture interne. Per questo, la consultazione pubblica sullo schema deliberativo di costituzione della società fatalmente assumerà, nel caso di società in house, assoluta centralità, dovendo essere mostrato l'altare degli interessi sul quale sacrificare le ragioni economiche.
È così ragionevolmente giustificato **il permanere della giurisdizione contabile sulla responsabilità degli amministratori delle società soggette a controllo analogo.**
Ciò, non in virtù di una loro qualificazione in chiave di ente pubblico o della circostanza dell'impiego del denaro pubblico che caratterizza in egual misura le società totalmente pubbliche, ma prive dei caratteri dell'in house, escluse dalla giurisdizione contabile). È invece la differente declinazione del principio di efficienza a cui si è sopra fatto riferimento ad animare la previsione normativa e a rendere la giurisdizione della Corte dei conti più adatta di quella ordinaria di responsabilità a valutare un'efficienza più complessa e multidimensionale rispetto a quella propria delle ordinarie società. **L'interesse pubblico come elemento non solo presente ma determinante e la parametrazione dei costi di gestione con quelli di una gestione interna all'ente sono elementi vincolanti per gli amministratori dell'in house,** che debbono essere in questa ottica giudicati.
Così dev'essere anche risolto il problema della fallibilità delle società in house. Ho dato conto di due elementi decisivi: la formulazione dell'art. 14, comma 1, del testo unico non prevede eccezioni all'applicazione delle norme sulle procedure concorsuali alle società partecipate; l'espressa scelta, non derogata per le *in house*, è stata quella dell'integrale applicazione delle norme civilistiche, salve le sole disposizioni speciali dettate dal testo unico (art. 1, comma 3). Quel che ne discende è la piena riconduzione delle società alle norme su fallimento e concordato.
Chi ha sostenuto la non fallibilità delle società in house, per lo più ricorrendo all'affermazione della prevalenza della sostanza pubblica sulla forma privata, ha ritenuto che le norme di natura pubblica debbano, per i fini e gli interessi che garantiscono, prevalere su quelle di diritto privato. In realtà le norme sulle procedure concorsuali sono norme di ordine pubblico, poste a presidio della comunità dei creditori e quindi dell'interesse collettivo. Non solo. Poiché non esiste alcuna norma che imponga alle società in house di qualificarsi come tali nei rapporti con i terzi, la loro sottrazione alle garanzie che accompagnano i creditori delle società di capitali inevitabilmente si tradurrebbe in un inganno a danno dei contraenti che, confidando sulla forma della società di capitali, non hanno tenuto conto, al momento della costituzione del rapporto, della peculiarità del soggetto con cui contrattano. In ultimo, poiché proprio la classificazione come in house di una società partecipata è spesso incerta ed origine di contenzioso, per poter determinare il regime della crisi d'impresa di una

società sarebbe necessario attendere la definizione del problema qualificatorio. Ciò, essendo sempre possibile un'interpretazione differente, in sede fallimentare, da quella amministrativa o contabile. Ben si comprende il rischio di tenuta complessiva del sistema. È dunque ragionevole negli effetti, oltre che nelle premesse, la scelta per l'applicazione della disciplina sulle procedure concorsuali alle società in house.

Certo, è comunque necessario che sussistano i presupposti ordinari per l'applicazione della disciplina sul fallimento, primo tra tutti la natura di imprenditore in capo al soggetto insolvente. La verifica andrà però fatta nel rispetto dei principi del diritto civile, non potendosi, per le ragioni in precedenza esposte, fare leva sulla qualificazione in chiave pubblica della natura della società.

Ancora in dottrina (richiamando diverse pronunce delle sez. un. della Cassazione) sono stati evidenziati i problemi che ha posto la **riserva di legge** posta dal Testo unico a favore della giurisdizione della Corte dei conti per quanto riguarda le società in house.

Per un primo orientamento, avallato dalle pronunce delle sez. un. della Cassazione n. 22406 del 2018 e n. 10019 del 2019, si dovrebbe ammettere **il concorso** tra le due azioni di responsabilità, stante le diverse funzioni e i diversi presupposti su cui le stesse si basano. Per un secondo orientamento invece, avallato dalla pronuncia 614 del 15 gennaio 2021, il rapporto delle due azioni si dovrebbe configurare in termini **di alternatività**, nel senso che una volta instauratosi uno dei due giudizi, l'altro dovrebbe restare precluso, fermo restando in ogni caso il divieto di duplicazione del risarcimento. Quest'ultima soluzione, se da un lato ha sicuramente il pregio di limitare l'entità del risarcimento, dall'altro appare essere poco coerente con il dettato normativo, posto che l'art. 12 del testo unico sembra ammettere espressamente una **possibile coesistenza** delle due azioni sulla base della diversa natura del danno che viene in rilievo (erariale o non erariale). Inoltre, qualora dovesse essere instaurato per primo il giudizio contabile, i creditori sociali troverebbero sbarrata la strada per poter soddisfare i propri crediti, posto che i privati non possono intervenire autonomamente nei processi contabili. Né ad una diversa conclusione si potrebbe giungere, come pure è stato sostenuto, facendo applicazione dell'art. 73 del d.lgs. n. 174/2016, il quale permette al Procuratore contabile, al fine di meglio tutelare i crediti erariali, di esperire tutte le azioni previste dal codice civile a favore del creditore.

Infine, occorre dare atto che l'art. 12 del testo unico non ha fatto altro che positivizzare quanto già affermato in via pretoria con la **sentenza n. 26283 del 2013,** ovvero che in presenza di danni cagionati al patrimonio di una società in house la sola giurisdizione configurabile è quella contabile. Più precisamente, coloro che sostengono questa teoria abbandonano la tesi c.d. "a doppio binario" o "dualistica" sull'assunto per cui nelle società in house la distinzione tra socio e società non si realizza più in termini di alterità soggettiva, essendo "squarciato" il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società; di talché la società non può neppure considerarsi terza rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come una ***longa manus*** **della stessa.** A supporto di tale tesi si afferma che con la disposizione in esame il legislatore delegato ha operato una diversificazione di regime in materia di responsabilità degli organi di amministrazione e controllo a seconda che la società *de qua* sia una società meramente partecipata ovvero una società in house.

In realtà, a ben vedere, il cuore del problema sembrerebbe essere costituito dalla *vexata quaestio* della natura giuridica delle società in house. Quest'ultime, infatti, diversamente dalle società meramente partecipate, per le quali sembrerebbe essere ormai pacificamente acclarata la loro natura privatistica, continuano ad essere **assimilate da alcuni agli enti pubblici**, i quali ne affermano così la natura pubblicistica nonostante la loro forma *iuris* privatistica.

Sembra però esservi un argomento normativo in contrasto: l'art. 1, comma 3 del testo unico, infatti, laddove prevede che per tutto quanto non espressamente derogato dal suddetto de-

creto si applichino alle società partecipate **le norme sulle società contenute nel codice civile e i principi generali di diritto privato,** sembrerebbe aver operato una specifica scelta nel senso di ricondurre tutte le società pubbliche al novero delle società di diritto privato, fermo restando alcune specifiche ed espresse deroghe che si giustificano in considerazione della natura pubblicistica del socio.
Del resto, non appare ben chiaro perché si dovrebbero considerare le società in house come aventi natura pubblicistica quando le stesse rientrano pur sempre nella macrocategoria delle società a partecipazione pubblica. Inoltre, questo modello, non è regolato soltanto dal c.d. decreto Madia, ma risulta essere disciplinato anche dall'art. 5 del codice dei contratti pubblici, sebbene sotto una diversa prospettiva.
Infatti, mentre l'obbiettivo di quest'ultimo è quello di regolamentare l'azione della pubblica amministrazione, e l'affidamento diretto è dunque concepito come una modalità organizzativa dell'attività della p.a. stessa, il decreto Madia si occupa dell'affidamento in house in una prospettiva soggettivistica.
Le peculiarità delle società in house dovrebbero rimanere sul piano dell'affidamento diretto dei contratti pubblici in luogo dell'esternalizzazione, e non già su quello soggettivo. Il fatto che il legislatore abbia consentito il perseguimento di determinati interessi pubblicistici mediante lo strumento privatistico costituito dalle società di capitali comporta infatti che le pubbliche amministrazioni socie si assumano i rischi connessi, pena la violazione del principio di uguaglianza e di affidamento dei soggetti con esse entrano in rapporto. La tesi che appare configurare una "giurisdizione contabile esclusiva" rischierebbe di pregiudicare gravemente il diritto dei creditori sociali ad una tutela giurisdizionale effettiva e sembra essere superata dai recenti arresti giurisprudenziali.
Viene ritenuta preferibile la tesi che ammette il concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile anche nel caso delle società in house. L'azione contabile non è idonea, infatti, a ristorare i creditori sociali e, di conseguenza, non può avere alcuna efficacia ostativa alla proposizione dell'azione civile davanti al giudice ordinario.
Qualora successivamente alla proposizione delle due azioni si dovesse giungere all'affermazione della responsabilità in entrambi i procedimenti, il problema della duplicazione dei risarcimenti potrebbe risolversi operando il coordinamento dei due giudizi in sede di esecuzione, come previsto dalla Corte costituzionale in tutti casi di concorso tra azione contabile ed azione civile.

2. In quali casi è comunque ipotizzabile una responsabilità di amministratori e dirigenti degli enti pubblici soci per le società partecipate "non in house"

Al di fuori del caso su cui ormai sia il testo unico che la giurisprudenza delle sez. un. della Cassazione hanno riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti, ossia quello delle *società in house,* ci si chiede in quali altri casi vi sia la giurisdizione della Corte dei conti su amministratori e dipendenti delle società partecipate controllate da enti pubblici e sulle società private tout court e in quali la giurisdizione contabile riguardi invece gli amministratori e dipendenti degli enti pubblici controllanti le società.
Restano poi i casi che la giurisprudenza delle sez. un. della Cassazione ha individuato da tempo come soggetti alla giurisdizione contabile.
Uno è quelle delle società **concessionarie di servizi pubblici** e l'altro è quello delle società **destinatarie di finanziamenti pubblici**.
Per il primo caso c'è un consolidato orientamento delle sez. un. della Cassazione che riconosce la giurisdizione della Corte dei conti.
Così ad es. le sez. un. della Cassazione nella **sentenza 5 dicembre 2019, n. 31755** riconoscono la giurisdizione della Corte dei conti su una società concessionaria della riscossione di tributi per conto di un Comune.
Nella motivazione si osserva con riguardo alla responsabilità del concessionario privato di un

pubblico servizio o di un'opera pubblica, quando la concessione investe il privato dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche, attribuendogli la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione, egli agisce per le finalità proprie di quest'ultima (cfr. Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4112).

È stato, quindi, affermato che si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato; con la conseguenza che, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte dei conti è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione (cfr. Cass., sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973; Cass., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101; Cass., sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511; Cass., sez. un., 15 febbraio 2007, n. 3367).

Si è così affermato che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento danni avanzata da un comune nei confronti della società concessionaria per la mancata riscossione dei relativi tributi. Infatti, poiché la **gestione e la riscossione delle imposte comunali hanno natura di servizio pubblico** e l'obbligazione, a carico della società concessionaria, di versare all'ente locale le somme a tale titolo incassate ha natura di servizio pubblico, il rapporto tra società ed ente si configura come rapporto di servizio, in quanto il soggetto esterno si inserisce nell'iter procedimentale dell'ente pubblico, come compartecipe dell'attività pubblicistica di quest'ultimo (cfr. Cass., sez. un., 9 maggio 2005, n. 10063; Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4317; Cass., sez. un., 16 dicembre 2009, n. 26280; Cass., sez. un., 21 dicembre 2009, n. 26834).

Per quanto riguarda le **società partecipate o meno, destinatarie di finanziamento pubblico** anche qui si ha un orientamento ormai consolidato per il quale si richiama ad es. la pronuncia delle **sez. un. della Cassazione n. 18991/2017**. Si osserva nella sua massima quanto segue.

Da un lato, in tema di danno erariale, è configurabile un **rapporto di servizio tra la p.a. erogatrice di un contributo statale ed i soggetti privati** i quali, disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivato o ponendo in essere i presupposti per la sua illegittima percezione, abbiano frustrato lo scopo perseguito dall'Amministrazione (Cass., sez. un., ord. 3.3.2010, n. 5019), distogliendo le risorse conseguite dalle finalità cui erano preordinate (Cass., sez. un., 24.11.2015, n. 23897): pertanto, il percettore del finanziamento risponde per danno erariale innanzi alla Corte dei conti, qualora, disponendo della somma in modo diverso da quello programmato, frustri lo scopo perseguito dall'ente pubblico (Cass., sez. un., 25.1.2013, n. 1774; in tema di contributi comunitari percepiti sulla base di dichiarazioni non veritiere: Cass., sez. un., 27.1.2015, n. 1515).

Dall'altro lato, **anche l'amministratore** di una società privata di capitali destinataria di fondi pubblici, del quale si prospetti una condotta di dolosa appropriazione dei finanziamenti, è soggetto alla responsabilità per danno erariale e alla giurisdizione della Corte dei conti, atteso che la società beneficiaria dell'erogazione concorre alla realizzazione del programma della p.a., instaurando con questa un rapporto di servizio, sicché **la responsabilità amministrativa attinge anche coloro che intrattengano con la società un rapporto organico** (Cass., sez. un., 9.1.2013, n. 295; Cass., sez. un., 13.2.2014, n. 3310).

La giurisprudenza consolidata della Cassazione (così, testualmente, Cass., sez. un., n. 295 del 2013, cit., con richiamo alla precedente Cass., ord. n. 5019 del 2010 e a Cass., sez. un., n. 23332/09 e n. 25513/06) osserva al riguardo: «*qualora il soggetto giuridico fruitore dei fondi pubblici sia una società-persona giuridica, la responsabilità erariale attinge anche coloro che con la società abbiano intrattenuto un rapporto organico, ove dai comportamenti da loro tenuti sia derivata la distrazione dei fondi in questione dal fine pubblico cui erano destinati*»; e ciò in

quanto «*nello schema sopra delineato, infatti, il parametro di riferimento della responsabilità erariale (e, quindi, della giurisdizione contabile) è rappresentato dalla provenienza dal bilancio pubblico dei fondi erogati e dal dovere-facente capo a tutti i soggetti che tali fondi amministrano di assicurarne l'utilizzo per i fini cui gli stessi sono destinati»; sicché «il rapporto di servizio ... va considerato non solo in relazione agli effetti che il comportamento degli organi societari procura sul patrimonio della società interessata, fruitrice dei fondi pubblici, ma anche in relazione alla condotta dei soggetti che impersonano detti organi, i quali, disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivato o ponendo in essere i presupposti per la sua illegittima percezione, provochino la frustrazione dello scopo perseguito dall'Amministrazione*».

L'art. 12 del Testo unico sulle società partecipate 175/2016, prevede nel secondo periodo del primo comma e nel secondo comma la disciplina del **danno erariale** perseguibile dalla Procura della Corte dei conti**, al di fuori dei casi delle società in house** di cui si è occupata la prima parte del primo comma.

È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

2.Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, ***subito dagli enti partecipanti****, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.*

In questi casi è evidente che il soggetto danneggiato non è più la società ma l'ente pubblico socio e dunque non sussiste dubbio sulla presenza di un "danno erariale" e la giurisdizione della Corte dei conti.

L'azione del procuratore contabile appare proponibile: a) quando sia volta a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'**ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illegittima** non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì **direttamente** (es. in caso di danno all'immagine, o in caso di perdita di valore della quota di partecipazione dei soci pubblici); b) nei confronti di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, **abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione.**

Mentre l'azione sub *a)* risulta proponibile avverso tutti gli amministratori, l'azione sub *b)* può essere evidentemente esercitata solo nei confronti del soggetto che rappresenti l'ente pubblico.

Si è sostenuto in dottrina che la predetta disposizione del testo unico possa aprire alla risarcibilità davanti alla Corte dei conti del **danno indiretto** subito dall'ente pubblico socio quale riflesso della perdita di valore della quota sociale (da provarsi non in via automatica e/o presuntiva) a fronte del pregiudizio arrecato alla società pubblica (non in house) da amministratori e dipendenti della medesima.

I pregiudizi patiti dal socio esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 2395 c.c. – in quanto danni indiretti – potrebbero essere invece ricompresi nell'art. 12 del Testo unico.

Se tale interpretazione non fosse riconosciuta come valida dalle SS. UU. della Cassazione l'alternativa resta la persecuzione dei soggetti che, non esercitando i poteri propri del socio, abbiano con dolo o colpa grave menomato il valore della partecipazione dell'ente pubblico.

In sostanza quando il socio di fronte ad atti di *mala gestio* imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, **trascuri ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità delle quali egli è direttamente legittimato** e ne derivi una perdita di valore della partecipazione.

Ci sono poi alcuni casi ammessi da una giurisprudenza ormai consolidata delle sez. un. della Cassazione a prescindere dalle previsioni del Testo unico.

Si richiama in particolare l'ordinanza **22 dicembre 2009, n.27092** delle sez. un., con cui è stata riconosciuta la giurisdizione contabile nei confronti delle azioni di responsabilità promosse nei confronti di **singole società a partecipazione pubblica il cui statuto è soggetto a regole legali sui generis.**

Le Sezioni Unite in questo caso hanno riconosciuto alla **Rai,** sulla base di speciali indici, nonostante l'ambito formale che riveste di S.p.A., *"natura sostanziale di ente assimilabile ad una amministrazione pubblica*", da cui discenderebbe la "*qualificabilità come erariale del danno cagionatole dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti pubblici suoi azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa del giudice contabile*".

La Corte di cassazione a sezioni unite, con sent. **n. 27733/2013**, ha individuato due fattispecie in relazione alle quali è configurabile la giurisdizione della Corte dei conti.

La prima riguarda l'azione del procuratore contabile volta a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illegittima non di riflesso ma direttamente.

Accanto a detta ipotesi i giudici della Suprema Corte hanno affermato che è parimenti configurabile l'azione del procuratore contabile a fronte di comportamenti, tenuti dall'amministratore o dal componente di organi di controllo della società partecipata che **abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione**.

Si trovano in giurisprudenza casi di responsabilità all'interno del comune socio per un uso distorto delle società partecipate:

1. società mista per affidare appalti pubblici;
2. omesso esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori;
3. mancata revoca degli amministratori in presenza di continue perdite di esercizio;
4. nomina di amministratori privi di specifiche competenze qualora richieste da norme o statuti;
5. costituzione o ricapitalizzazione di società partecipate in violazione o elusione di vincoli.

L'utilizzo della **società mista** (pubblico-privata) per l'esecuzione di appalti pubblici non è impedito dalla legge ma occorre che venga effettuata correttamente la c.d. "gara a doppio oggetto". Laddove questa gara non sia effettuata o non sia stata effettuata regolarmente e venga provato il danno derivante dai maggiori costi sostenuti dall'ente pubblico per la realizzazione delle opere potrà configurarsi il danno erariale (Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214).

Rientra nella categoria sub 5 **l'apporto di capitali a società in liquidazione o da eliminare.**

Rispetto ai casi di società partecipate e controllate da enti pubblici, per le quali la giurisdizione sulla responsabilità per gli atti illeciti e dannosi degli amministratori appare preclusa (salvo le ipotesi indicate in precedenza) è stata avanzata in dottrina l'ipotesi di **un'azione surrogatoria** da parte del P.M. contabile per l'eventualità che vi sia un'inerzia del socio pubblico o della società stessa ad agire verso gli amministratori responsabili del danno.

Si è osservato che se è vero che il rapporto di servizio idoneo a radicare la giurisdizione contabile sussiste "in prima battuta" tra la p.a. e la società di diritto privato da essa partecipata, in caso di *mala gestio* degli amministratori, come affermano le Sezioni Unite, il danno da essi cagionato al patrimonio sociale e di riflesso alla partecipazione pubblica rischia di consolidarsi/trasformarsi in danno erariale (sub specie di *vulnus* alla pubblica partecipazione) proprio in ragione del mancato esercizio da parte della società medesima – e per essa, da parte dei singoli soci – dell'azione di responsabilità sociale.

Ma allora proprio perché sussiste **un rapporto di servizio tra p.a. e società di diritto privato** – stante l'alterità soggettiva esistente – e proprio perché esiste una correlata distinta autonomia patrimoniale, il danno da *mala gestio* "trasformatosi" in un danno erariale per il fatto del mancato esercizio dell'azione di sociale responsabilità (azione che, nelle varie configurazioni codicistiche, risulta sempre intestata alla società pur se

esercitabile in alcuni casi dai soci in via sostitutiva) dovrebbe essere imputato proprio alla società medesima: questa appare, dunque, da un lato il soggetto danneggiato dalla condotta illecita degli amministratori (danno privatistico), dall'altro quale soggetto danneggiante l'erario/la partecipazione pubblica in virtù di un mancato esercizio delle azioni societarie previste contro gli amministratori (l'azione sociale di responsabilità, nelle sue varie configurazioni e per come spettante anche ai soci).

Insomma, il patrimonio societario, quale patrimonio appartenente ad un soggetto di diritto privato avente un rapporto di servizio con la p.a., è quello che dovrebbe in definitiva, e paradossalmente, rispondere per i pregiudizi sofferti dall'erario in caso di perdita di valore della partecipazione pubblica, ciò in conseguenza del pregiudizio scaturente dal mancato esercizio – da parte della società (e per essa, da parte dei singoli soci) – dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori colpevoli.

Ma se così è, allora, ben sarà possibile per il procuratore regionale, prima ancora che agire contro l'ente societario di diritto privato in rapporto di servizio con la p.a. (per far valere appunto detto danno erariale da condotta omissiva) – e prima ancora ovviamente dello spirare del termine di prescrizione dell'azione sociale – **espletare forme di tutela "conservativa" dell'erario ammesse dall'ordinamento esercitando, nel caso di inerzia societaria, un'azione surrogatoria dell'azione sociale di responsabilità** (incluse quelle di cui all'art. 2393-*bis* c.c. e art. 2476, comma 3, c.c.).

Ma anche a quest'ipotesi è stato osservato che l'interesse dei creditori diversi dall'ente pubblico e quello dei soci privati potrebbe essere sacrificato, per cui si è sostenuto che l'azione surrogatoria dell'azione di responsabilità dovrebbe essere sostenuta eventualmente davanti al giudice civile.

La recente pronuncia della **Sezione Regionale di controllo della Corte dei conti per l'Emilia-Romagna** (**Deliberazione n. 67/2022/PAR**).

L'art. 14, al comma 5, dispone che "*5. Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*, ***non possono****, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile,* ***sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate****, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al periodo del presente comma*".

L'art. 14, comma 21 prevede invece che "*1. Nel caso in cui società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali comprese nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, presentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti, che adottano la contabilità finanziaria, accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione … L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente*

partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione".

Da ciò si desume che il meccanismo dell'accantonamento presiede alla salvaguardia degli equilibri finanziari in ottica dinamica: così che la disposizione esprime la *ratio legis* volta alla **responsabilizzazione degli Enti locali nel perseguire la sana gestione degli organismi partecipati.** Tanto ciò vero che diviene scelta prudenziale per la Pubblica Amministrazione la facoltà di mantenere quelle poste vincolate in previsione di doverle in futuro utilizzare al ricorrere soprattutto di un eccezionale situazione di accollo di debiti (deliberazione n. 23/SEZAUT/2018/FRG).

La seconda disposizione sottolinea che "*1. Nel caso in cui società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali comprese nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, presentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti, che adottano la contabilità finanziaria, accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione … L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione*".

La Sezione Controllo per l'Emilia-Romagna osserva poi quanto segue.

È consolidato l'orientamento sulla insussistenza, a carico del socio pubblico, anche se unico, dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite o all'assunzione diretta dei debiti di una società partecipata (sez. reg. contr. Piemonte, del. n. 56/2021/PRSE e sez. reg. contr. Lombardia, del. n. 64/2021/PAR; altresì, sez. Aut., del. n. 27/2016/FRG).

E anzi, dirimente ai fini della possibilità dell'intervento finanziario da parte dell'ente partecipante, è la valutazione concernente **la capacità della società di tornare in bonis**, previa considerazione di un adeguato piano industriale, nonché l'economicità e l'efficacia della gestione del servizio tramite lo stesso organismo partecipato: qualora tale valutazione dovesse sortire esito negativo occorrerebbe dar corso allo scioglimento della stessa società *ex* art. 2484, comma 1, n. 4, cod. civ. (sez. reg. contr. Liguria, del. 19/2016/PRSE e sez. reg. contr. Lombardia, del. 269/2015/PRSE).

Una diversa soluzione, di tutta evidenza, contrasterebbe non solo con le regole europee che vietano ai soggetti che operano sul mercato di fruire di diritti speciali od esclusivi (di cui vi è espresso suggello nello stesso TUSP, all'art. 21, comma 3-*bis*, a mente del quale, proprio con riguardo agli enti locali, viene affermato che "*Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato*"), ma altresì con le disposizioni nazionali sulla razionalizzazione delle società partecipate da pubbliche amministrazioni e i relativi criteri dettati *ex lege*, posto che il legislatore riserva una speciale attenzione alle società in perdita, proprio, come sopra accennato, per le pesanti ricadute che potrebbero esserci a carico delle finanze pubbliche.

In altri termini, il rispetto dei principi eurounitari in tema di "**aiuti di Stato**" (cfr. art. 107 TFUE, nonché i principi giurisprudenziali della Corte di giustizia per il richiamo operato dall'art. 117, comma 1, Cost. in riguardo della sentenza, sez. I, 3 aprile, in causa C-559/12P 2014) e le valutazioni di carattere profilattico sulla tenuta degli equilibri di bilancio appaiono costituire la base della disposizione di che trattasi.

Bibliografia consultata

F. Lorenzetti, *La responsabilità degli amministratori nelle società partecipate e il riparto di giurisdizione tra la Corte dei conti e il giudice ordinario*, in *Federalismi.it,* 15 giugno 2022.
M. Dugato, Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità (Relazione Varenna 2016).
F. Mastragostino, P. Novaro, E. Trenti, *Le prospettive di riordino delle società partecipate dagli enti locali*, in *www.accademiaautonomia.it*, 15.1.2018.
I. Cavallini, M. Orsetti, *Società partecipate: il confine tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile*, in *Azienditalia* 8-9/2019.
S. Foà, *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori di partecipate pubbliche,* in *www.diritto-economiaimpresa.it*
C. Ibba, *Società pubbliche e responsabilità degli amministratori: alcuni spunti per una discussione ancora aperta*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 99 (2/2019).
L. D'Angelo, *Società partecipate da pubbliche amministrazioni, azione sociale di responsabilità e «legittimazione surrogatoria» del P.M. contabile*, in *Giustizia amministrativa* n. 10/2014.

Il danno erariale da ricapitalizzazione delle società in perdita partecipate dai Comuni

di Rossana Mininno

"L'opzione per la gestione esternalizzata dei servizi pubblici locali, in quanto (potenzialmente) idonea a incidere – pregiudicandoli – sugli equilibri economico-finanziari dell'ente socio, è assoggettata a stringenti limitazioni riguardanti non soltanto la facoltà di costituzione di nuove società e di mantenimento delle partecipazioni in società esistenti, ma anche la possibilità di sovvenzionamento degli organismi partecipati in perdita. Il presente contributo affronta lo specifico tema della ricapitalizzazione delle società partecipate dai Comuni, ponendo l'attenzione, in particolare, sulla responsabilità per danno erariale configurabile a carico degli amministratori pubblici in connessione con scelte gestionali non funzionalizzate al risanamento dell'organismo partecipato."

1. La responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale

1.1. La funzione giurisdizionale della Corte dei conti

Ai sensi dell'articolo 103 della Costituzione la Corte dei conti[1] «*ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*» (comma 2).

La disposizione *de qua* – secondo l'univoco orientamento della giurisprudenza costituzionale[2] – «*si riferisce all'ampio ambito della «tutela del pubblico danaro» […] ed è tradizionalmente comprensivo dei giudizi di conto e dei giudizi di responsabilità amministrativo-contabile*»[3].

Nella materia della «*contabilità pubblica*» la giurisdizione della Corte dei conti ««*è solo tendenzialmente generale (tanto che nell'ordinamento precostituzionale la si qualificava giurisdizione speciale)*» *(sentenza n. 641 del 1987), sicché la*

(1) La Corte dei conti è stata istituita con la legge 14 agosto 1862, n. 800, mentre le linee fondamentali del relativo ordinamento sono state determinate con il regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 ("*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*") e il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 ("*Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti*"). La costituzionalizzazione dell'istituto è avvenuta con l'articolo 100, comma 2, della Costituzione.

(2) Cfr. Corte cost., 4 marzo 2008, n. 46; 7 luglio 1988, n. 773; 30 dicembre 2017, n. 641; 11 luglio 1984, n. 189; 17 novembre 1982, n. 185; 10 luglio 1981, n. 129; 26 giugno 1970, n. 110; 5 aprile 1971, n. 68.

(3) Corte cost., 20 luglio 2018, n. 169.

Corte dei conti non può essere ritenuta il giudice esclusivo della tutela da danni pubblici»[4].
Da ciò il Giudice delle leggi ha ricavato due conseguenze: la prima si riferisce alla discrezionalità riconosciuta al legislatore, il quale «*potrebbe anche attribuire la cognizione di alcune delle materie ricadenti nella nozione di «contabilità pubblica» alla giurisdizione di un giudice diverso*»[5]; la seconda si riferisce all'ambito della giurisdizione attribuita alla Corte dei conti, il quale, ««*lungi dall'essere incondizionato» (sentenza n. 129 del 1981), deve contenersi, oltre che all'interno dei confini della materia «contabilità pubblica», anche entro «i limiti segnati da altre norme e principi costituzionali» (sentenze n. 773 del 1988, n. 129 del 1981 e n. 110 del 1970)*»[6].

1.2. L'illecito amministrativo-contabile

La responsabilità amministrativo-contabile[7] ha la sua fonte in un illecito[8], il quale si compone, dal punto di vista strutturale, di due elementi: oggettivo, consistente in un comportamento umano – indifferentemente, commissivo od omissivo – cui sia riconducibile, in virtù di un nesso di causalità, un danno alla Pubblica Amministrazione; soggettivo ovvero il requisito psicologico.
Il bene giuridico leso è costituito dal patrimonio pubblico, nel cui ambito rientra anche «*l'insieme di beni ed utilità economicamente apprezzabili, che siano a disposizione e in uso alla collettività, e nei cui confronti lo Stato o l'ente territoriale assume l'obbligo di tutela*»[9].
Il danno erariale è inteso, tradizionalmente, come il presupposto dell'azione di responsabilità amministrativa e, nel contempo, l'oggetto della pretesa risarcitoria, intendendosi tale, in termini generali, il depauperamento che il patrimonio dell'Erario subisce in ragione della condotta illecita del pubblico agente.
Con due importanti decisioni risalenti agli anni '70 del secolo scorso la Sezione I giurisdizionale della Corte dei conti[10] ha fornito una nozione di danno erariale non più nel «*senso ragionieristico di turbativa degli elementi del conto patrimoniale*», ma nel senso di «*danno pubblico*» collettivo, da intendersi come «*turbativa di quei beni che appartengono alla collettività organizzata dello Stato*»[11].
La tutela delle risorse pubbliche è stata attuata mediante l'istituto della responsabilità c.d. ammini-

(4) Corte cost. n. 169/2018 cit.

(5) Corte cost. n. 169/2018 cit.

(6) Corte cost. n. 169/2018 cit. Con riferimento alla nozione di «*materie di contabilità pubblica*» i Giudici contabili hanno chiarito che le dette materie «*possono ora correttamente e positivamente individuarsi in un organico corpo normativo, inteso alla tutela dell'integrità dei bilanci pubblici, dotato di copertura costituzionale e presidiato da un giudice naturale, che è la Corte dei conti nelle sue varie attribuzioni costituzionali, similmente a quanto, del resto, avviene per i cosiddetti "blocchi di materie" riservati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*» (Corte dei conti, sez. riun. giur., 11 ottobre 2013, n. 5). P. Santoro, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, VI ed.: l'Autore osserva che«[l'] *uso al plurale ("le materie di contabilità") sembrerebbe tuttavia presupporre una nozione non unitaria ma, comunque, soggettivamente più ampia di quella riferibile alla sola contabilità di Stato, inteso come sistema di regole per prevenire abusi e far emergere la responsabilità*» (p. 699).

(7) L'azione per danno erariale è «*volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della Pubblica Amministrazione ed al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria*» (Cass. civ., sez. un., 19 novembre 2019, n. 30006). Per un approfondimento cfr. S.M. Pisana, *La responsabilità amministrativa illustrata con la giurisprudenza più recente*, Torino, Giappichelli, 2007. V. Raeli, *Lezioni di contabilità pubblica – La responsabilità amministrativa e contabile*, Bari, Cacucci, 2018: l'Autore rileva che la «*problematica*» della natura giuridica della responsabilità amministrativa «*ha occupato (e occupa) non poco dottrina e giurisprudenza. Fin dall'origine, sono state prospettate in dottrina e nella giurisprudenza contabile due diverse ed alternative configurazioni della responsabilità amministrativa: l'una che, sulla scorta principalmente del potere riduttivo ne evidenzia il carattere sanzionatorio e sottolinea il profilo pubblicistico; l'altra che, invece, la considera come una specie, sia pure particolare, della comune responsabilità civile per danno. Analoghe oscillazioni si riscontravano nella giurisprudenza della Corte dei conti, anche se la concezione pubblicistica e sanzionatoria aveva finito col prevalere nell'immediato dopoguerra. Solo agli inizi degli anni '50 la giurisprudenza della Corte dei conti mutava indirizzo ed anche in dottrina si affacciavano nuove soluzioni interpretative. Si assiste, infatti, alla decisa presa di posizione della giurisprudenza a favore della concezione civilistica e della qualificazione come contrattuale della responsabilità amministrativa*» (p. 19).

(8) Storicamente il referente normativo dell'illecito amministrativo-contabile è costituito dall'articolo 82 del regio decreto n. 2440/1923.

(9) Corte dei conti, sez. I giur., 8 ottobre 1979, n. 61.

(10) *Id est*, n. 39 del 15 maggio 1973 e n. 108 del 20 dicembre 1975.

(11) Corte dei conti, n. 39/1973 cit.

strativo-contabile, la cui cognizione è riservata alla Corte dei conti, fonte di un'obbligazione risarcitoria di contenuto patrimoniale gravante sul soggetto cui è demandata la gestione di dette risorse e discendente *ex lege* dalla produzione di un danno a carico dello Stato o di altro ente od organismo pubblico, che sia causalmente riconducibile ad azioni od omissioni commesse nell'esercizio, da parte dell'agente, dei propri obblighi di servizio[12].
Il regime giusprocessuale della responsabilità amministrativo-contabile si distingue da quello della responsabilità civile di diritto privato in virtù di una serie di tratti distintivi.
Al giudice contabile è attribuito *in primis* il potere di riduzione dell'addebito, in quanto, «*valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto*»[13].
In sede di condanna il giudice contabile deve tener conto dei «*vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità*»[14].
In caso di fatto dannoso causato da più persone il giudizio di responsabilità è caratterizzato dalla regola della parziarietà dell'obbligazione risarcitoria, in quanto il giudice contabile, «*valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso*»[15], nonché dall'esclusione del vincolo di solidarietà passiva, in quanto «*i soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo sono responsabili solidalmente*»[16].

1.3. Il danno erariale

Le disposizioni originarie, nel sancire l'obbligo dei funzionari pubblici di risarcire il danno prodotto allo Stato nell'esercizio delle proprie funzioni, non hanno qualificato il danno, né hanno individuato espressamente i beni giuridici protetti[17].
Nell'elaborazione giurisprudenziale il danno *de quo* è stato definito 'erariale' e inteso, inizialmente, in senso prettamente ragionieristico, quale mera alterazione di beni materiali, configurabile, a seconda dei casi, come perdita o distruzione di beni, come erogazione di somme di denaro indebite oppure come mancata acquisizione di entrate.
Il processo evolutivo che ha riguardato la concreta delineazione della fisionomia del danno erariale ha condotto a concepirlo in correlazione alla violazione di interessi di carattere generale: il bene

(12) La responsabilità amministrativa per danno erariale «*è connotata dalla atipicità […] in base alla clausola generale di cui agli artt. 52 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 e 18 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3*» (Corte dei conti, sez. riun. giur., 11 ottobre 2021, n. 13/2021/QM). Per una rassegna delle fattispecie tipiche di danno erariale si veda Santoro, *op. cit.*, pp. 719-722: l'Autore individua nella tendenza alla tipizzazione dell'illecito erariale «*una probabile logica di deterrenza, quasi a voler rammentare ai soggetti a rischio le conseguenze delle loro condotte violative di precise disposizioni imperative*» (p. 719). Negli ultimi decenni si è assistito al sorgere di nuove figure di danno in correlazione all'individuazione di nuovi interessi meritevoli di tutela e riferibili alla collettività: danno da tangente; danno alla concorrenza; danno da disservizio; danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.

(13) Art. 52, comma 2, r.d. n. 1214/1934.

(14) Art. 1, comma 1-*bis*, legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante "*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*").

(15) Art. 1, comma 1-*quater*, l. n. 20/1994.

(16) Art. 1, comma 1-*quinquies*, l. n. 20/1994. Un'altra specificità del concorso di persone nell'illecito erariale, di matrice giurisprudenziale, consiste nell'affermazione generalizzata, in favore del co-autore dell'illecito che abbia agito con colpa grave, a fronte della responsabilità dolosa del concorrente, del *beneficium excussionis*: nel caso di illecito erariale ascrivibile, in base a differenti criteri di imputazione soggettiva (colpa grave o dolo), a più soggetti, la giurisprudenza applica la regola secondo la quale il patrimonio del concorrente che abbia agito con colpa grave è suscettibile di essere aggredito, limitatamente all'importo per il quale sia stato condannato oppure per l'intero nel caso in cui abbia conseguito un illecito arricchimento, solo previa infruttuosa escussione del patrimonio dell'autore principale della condotta illecita (cfr. *ex multis* Corte dei conti, sez. II centr. app., 10 aprile 2017, n. 209).

(17) Cfr. artt. 82 e 83 r.d. n. 2440/1923 e art. 52 r.d. n. 1214/1934. Come chiarito dai Giudici contabili, tali disposizioni «*possono considerarsi norme in bianco o clausole generali che si completano con ogni altra norma che, attribuendo protezione e quindi assumendo tra le finalità perseguite dallo Stato un determinato interesse di carattere generale, conferisce a questo natura di bene giuridico, riferendolo al contempo alle amministrazioni stesse*» (Corte dei conti, sez. riun. giur. 23 aprile 2003, n. 10/2003/QM).

tutelato non è più unicamente la *res*, avendo *medio tempore* acquisito pari dignità ogni interesse della collettività, purché affidato alla cura di un apparato pubblico e suscettibile di valutazione in termini economici[18].

Ne è derivato l'ampliamento della categoria dei beni giuridici protetti la cui lesione è foriera di responsabilità amministrativa, categoria ritenuta ricomprensiva anche di beni giuridici immateriali, quali, a titolo esemplificativo, l'immagine della Pubblica Amministrazione.

2. La società partecipata dall'ente locale in perdita e il danno erariale da sistematiche ricapitalizzazioni

2.1. Il testo unico delle società a partecipazione pubblica

Il quadro disciplinatorio delle società a partecipazione pubblica è stato caratterizzato da una diffusa frammentarietà, mista a una sostanziale eterogeneità, fino al 2016, anno in cui il legislatore – nel dare attuazione alla legge (delega) 7 agosto 2015, n. 124[19] – ha introdotto il "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*"[20] (c.d. TUSP), precipuamente volto al riordino strutturale della disciplina delle partecipazioni pubbliche in società di capitali, riordino da attuare – in ossequio ai criteri fissati dalla delega – mediante la «*razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità*», nonché la «*ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche*»[21].

Le disposizioni recate dal Testo unico[22], aventi una «*funzione di salvaguardia degli equilibri di bilancio*»[23], definiscono – unitariamente considerate – uno *status* giuridico proprio, *rectius* speciale delle società a partecipazione pubblica, diverso rispetto a quello ordinario delle società: in virtù del criterio regolatorio della prevalenza, le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato si applicano agli organismi partecipati dai soggetti pubblici unicamente per i profili non derogati dal TUSP[24].

La *ratio* ispiratrice della riforma è stata la razionaliz-

(18) La riforma che ha riguardato la parte finanziaria della Costituzione, operata dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 ("*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*") e dalla successiva legge (c.d. rinforzata) 24 dicembre 2012, n. 243 ("*Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione*"), ha mutato il concetto di danno erariale quale istituto giuridico non più teso a tutelare la singola lesione dell'interesse pubblico economico, ma incline a proteggere il bilancio pubblico consolidato, nella sua qualificazione di bene pubblico finalizzato al perseguimento della sana gestione finanziaria attraverso il coordinamento della finanza pubblica e la leale collaborazione tra gli enti pubblici.

(19) Recante "*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*".

(20) Cfr. decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

(21) Art. 18, comma 1, l. n. 124/2015. Per quanto attiene alla tecnica redazionale prescelta il legislatore ha optato per quella contemplante le «*definizioni "funzionali" o "ambulatoriali" degli istituti giuridici, ormai propria della recente legislazione*» (Corte dei conti, sez. reg. contr. Liguria, 24 gennaio 2018, n. 3/2018/PAR): l'articolato dispositivo è preceduto da una parte definitoria, recante l'enunciazione esplicita delle definizioni funzionali degli istituti giuridici, rilevanti al fine dell'esatta perimetrazione – soggettiva e oggettiva – delle disposizioni ivi contenute (cfr. articolo 2). Il legislatore è intervenuto sull'articolato del TUSP con il decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100, recante "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*" (c.d. Decreto correttivo) e con la legge 30 dicembre 2018, n. 145, recante "*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*". Per un approfondimento in tema di razionalizzazione e dismissione delle partecipazioni pubbliche si veda R. Mininno, *Società a capitale pubblico e razionalizzazione delle partecipazioni*, in *Sistema società*, Il Sole 24 Ore Editore, 2021, fasc. n. 3.

(22) Le norme del TUSP sono classificabili in due distinte categorie: nella prima categoria rientrano le disposizioni che fissano i criteri in virtù dei quali è consentita la costituzione di società, secondo i tipi espressamente previsti, da parte delle Pubbliche Amministrazioni oppure, ove si tratti di società esistenti, in virtù dei quali è consentito il mantenimento della relativa partecipazione da parte dell'Amministrazione; nella seconda categoria rientrano le disposizioni che disciplinano la *governance* e il funzionamento delle società a partecipazione pubblica consentite, *rectius* non vietate.

(23) Corte dei conti, sez. reg. contr. Basilicata, 29 aprile 2021, n. 31/2021/PRSP.

(24) Cfr. art. 1, comma 3, TUSP.

zazione delle partecipazioni al fine di contenere la spesa pubblica e di evitare – in un'ottica giuscontabilistica – che l'opzione per la gestione esternalizzata dei servizi pubblici si trasformasse in un mezzo per eludere i vincoli di finanza pubblica[25].
La creazione di organismi societari o la semplice partecipazione a società già esistenti sono operazioni – potenzialmente – idonee a incidere sul bilancio pubblico dell'ente, motivo – questo – per il quale il legislatore del TUSP ha adottato, quale «*direttrice fondamentale*», la «*"razionalità" della gestione, vale a dire l'accertamento e perseguimento dello strutturale equilibrio economico-finanziario dell'organismo partecipato*»[26].
Il principale vincolo imposto a livello operativo attiene all'oggetto sociale: alle Pubbliche Amministrazioni non è consentito «*costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*»[27].

2.2. Il divieto di soccorso finanziario

2.2.1. Il previgente regime normativo

Con l'espressione – di conio pretorio – 'divieto di soccorso finanziario' la magistratura contabile ha sintetizzato il vincolo di finanza pubblica fissato dal previgente articolo 6, comma 19, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78[28], il quale – al (dichiarato) fine del «*perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche*» – vietava alle Pubbliche Amministrazioni di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari e aperture di credito ovvero di rilasciare garanzie a favore delle società non quotate che avessero registrato perdite di esercizio strutturali[29] ovvero che avessero utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.
La citata disposizione consentiva, «*in ogni caso*», *rectius* in via eccezionale rispetto al divieto, i trasferimenti straordinari «*a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ov-*

(25) «*La possibilità di ricorrere allo strumento societario è per legge correlato ai fini dell'ente pubblico e deve essere circoscritto al soddisfacimento di effettive esigenze istituzionali dell'ente medesimo, anche allo scopo di evitare che lo schema societario venga utilizzato impropriamente per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica […] nonché di arginare l'abuso di forme privatistiche da parte di talune amministrazioni pubbliche, presenti sovente in settori estranei alla loro missione istituzionale*» (Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 5 novembre 2010, n. 982/2010/PAR).

(26) Corte dei conti, sez. reg. contr. Campania, 31 maggio 2019, n. 120/2019/COMP.

(27) Art. 4 (rubricato "*Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche*"), comma 1, TUSP. Con la legge 5 agosto 2022, n. 118 ("*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*") il legislatore ha modificato la disciplina dei controlli della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica, intervenendo sul testo dell'articolo 5 ("*Oneri di motivazione analitica*") del TUSP: la novella intesta una nuova funzione alla Corte dei conti, individua le Sezioni competenti al relativo esercizio, ne disciplina la procedura e fissa i parametri di riferimento, assegnando *expressis verbis* un ruolo parametrico alla «*sostenibilità finanziaria*», nonché ai «*principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*». Con la recente deliberazione n. 124/2022/QMIG del 6 ottobre 2022 la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna della Corte dei conti, avendo ritenuto che la nuova normativa, «*in particolare per la parte riguardante le modifiche dell'art. 5 del TUSP […] esige approfondimenti tanto sul piano costituzionale e ordinamentale quanto su quello applicativo, segnatamente sotto il profilo di una necessaria predeterminazione, a fini di coordinamento, da parte delle Sezioni riunite della Corte dei conti, dei "parametri" in relazione ai quali la Corte è chiamata a svolgere le funzioni assegnate dalla norma*», ha sottoposto al Presidente della Corte dei conti «*la valutazione dell'opportunità di deferire alle Sezioni riunite in sede di controllo, ai sensi dell'art. 17, comma 31, del d.l. n. 78 del 2009*», una serie di questioni di massima di particolare importanza: la prima riguarda la «*natura della funzione assegnata*»; la seconda riguarda la «*competenza delle Sezioni a pronunciarsi e dunque la loro legittimazione a svolgere la funzione*»; la terza riguarda le «*modalità procedimentali da seguire*»; la quarta riguarda i «*parametri di riferimento per lo svolgimento della funzione*»; la quinta riguarda «*possibili sovrapposizioni di valutazioni di compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei Trattati europei*». Per un approfondimento delle funzioni di controllo intestate alla Corte dei conti si veda T. Tessaro – S. Siragusa – G. Pizziconi, *L'attività di controllo delle Sezioni Regionali della Corte dei conti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

(28) Recante "*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*", convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

(29) *Id est*, consolidate per tre esercizi consecutivi.

vero alla realizzazione di investimenti»[30]. Con la normativa *de qua* il legislatore si proponeva – in sostanziale discontinuità rispetto all'imperante logica dell'incondizionato salvataggio di organismi societari in situazione di difficoltà economico-finanziaria[31] e al precipuo di fine di garantire la razionalità nell'impiego delle risorse pubbliche e il perseguimento dell'economicità e dell'efficienza delle gestioni esternalizzate dei servizi – di contrastare la tendenza, particolarmente diffusa nel comparto delle Autonomie locali, all'effettuazione di interventi di sostegno finanziario a favore di strutture e organismi partecipati che versassero in situazioni di irrimediabile dissesto[32].

L'*intentio legis* era, in altri termini, quella di «*porre un freno alla prassi, ormai consolidata, seguita dagli enti pubblici ed in particolare dagli enti locali, di procedere a ricapitalizzazioni e ad altri trasferimenti straordinari per coprire le perdite strutturali (tali da minacciare la continuità aziendale); prassi che, come noto, da un lato finisce per impattare negativamente sui bilanci pubblici compromettendone la sana gestione finanziaria; dall'altro si contrappone alle disposizioni dei trattati (art. 106 TFUE, già art. 86 TCE), le quali vietano che soggetti che operano nel mercato comune beneficino di diritti speciali o esclusivi, o comunque di privilegi in grado di alterare la concorrenza "nel mercato", in un'ottica macroeconomica*»[33].

Con il comma 19 dell'articolo 6 del decreto-legge n. 78 del 2010 il normatore nazionale «*ha positivizzato per legge pratiche economiche che già avrebbero dovuto orientare la discrezionalità amministrativa e avrebbero dovuto costituire la base di ogni scelta volta alla sana gestione finanziaria degli organismi pubblici, a fronte dell'uso di risorse della collettività*»[34].

2.2.2. L'attuale regime normativo

Il contenuto del menzionato articolo 6, comma 19, del decreto-legge n. 78 del 2010 è stato trasfuso nell'articolo 14, comma 5, del decreto legislativo n. 175 del 2016.

Quest'ultima disposizione, inserita in un testo normativo funzionalmente preordinato al contenimento e alla razionalizzazione della spesa pubblica, conferma – in sostanziale continuità con il regime normativo previgente e nell'ottica del perseguimento dell'economicità e dell'efficienza della gestione esternalizzata – il divieto di soccorso finanziario a favore degli organismi partecipati che versino, in ragione delle (reiterate) perdite di esercizio subìte, in condizioni di precarietà economico-finanziaria[35].

(30) La disposizione è rimasta in vigore fino al 22 settembre 2016.

(31) Logica – quella del salvataggio a tutti i costi – alla base della «*prassi […] di procedere a ricapitalizzazioni e ad altri trasferimenti straordinari per coprire le perdite strutturali (tali da minacciare la continuità aziendale); prassi che […] da un lato finisce per impattare negativamente sui bilanci pubblici compromettendone la sana gestione finanziaria; dall'altro si contrappone alle disposizioni dei trattati (art. 106 TFUE, già art. 86 TCE), le quali vietano che soggetti che operano nel mercato comune beneficino di diritti speciali o esclusivi, o comunque di privilegi in grado di alterare la concorrenza "nel mercato", in un'ottica macroeconomica*» (Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 21 maggio 2012, n. 220/2012/PAR).

(32) Cfr. *ex multis* Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 5 marzo 2014, n. 96/2014/PAR. «*Non sono ammissibili "interventi tampone" con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, erogate senza un programma industriale o una prospettiva che realizzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo (così Sezione controllo Piemonte, delibera n. 61 del 22 ottobre 2010; sezione controllo Lombardia, pareri n. 1081 del 30 dicembre 2010 e n. 207 del 27 aprile 2011)*» (Corte dei conti Lombardia n. 220/2012/PAR cit.).

(33) Corte dei conti Lombardia n. 220/2012/PAR cit.

(34) Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 12 luglio 2010, n. 753/2010/PAR.

(35) Con l'articolo 375, rubricato "*Assetti organizzativi dell'impresa*", del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante il "*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*", il legislatore è intervenuto sul testo dell'articolo 2086 del codice civile, sostituendo la rubrica (attualmente, "*Gestione dell'impresa*") e introducendo il secondo comma («*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi*

Tale divieto è ritenuto espressione del più generale principio – immanente nell'ordinamento da epoca antecedente all'adozione del TUSP e rispondente a basilari criteri di razionalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche e di tutela della libera concorrenza e del mercato – che vieta di detenere partecipazioni in soggetti sistematicamente in perdita o di fatto insolventi ovvero di attuare interventi di mero soccorso finanziario preordinati a occultare o ad alleggerire momentaneamente tale condizione ove si tratti di organismi «*che appaiono privi quantomeno di una prospettiva di recupero dell'economicità e dell'efficienza della gestione dei soggetti beneficiari*»[36].

L'articolo 14, comma 5, del TUSP, in altri termini, «*fissa un generale divieto di disporre, a qualsiasi titolo, erogazioni finanziarie "a fondo perduto" in favore di società in grave situazione deficitaria, relegando l'ammissibilità di trasferimenti straordinari ad ipotesi derogatoria e residuale, percorribile con finalità di risanamento aziendale e per il solo perseguimento di esigenze pubblicistiche di conclamato rilievo, in quanto sottendenti prestazioni di servizi di interesse generale ovvero la realizzazione di programmi di investimenti affidati e regolati convenzionalmente, secondo prospettive di continuità*»[37].

2.2.3. L'ambito applicativo del divieto

I Giudici contabili si sono reiteratamente pronunciati, in sede consultiva, sull'ammissibilità del sostegno finanziario a favore di società a partecipazione pubblica in perdita strutturale[38], chiarendo *in primis* che a livello normativo non esiste alcun automatismo: l'ente locale partecipante, anche se socio unico, non è gravato da alcun obbligo di ripiano delle perdite registrate dall'organismo partecipato[39].

Il ripiano, ove deliberato e attuato, si concretizzerebbe, sul piano sostanziale, in un mero accollo delle passività societarie[40], con conseguente (implicita) rinuncia al beneficio dell'ordinaria limitazione di responsabilità connessa alla separazione

e il recupero della continuità aziendale»). Come osservato dall'Ufficio del massimario e del ruolo della Suprema Corte di cassazione, «*l'obbligo per l'impresa di dotarsi di "adeguati assetti" rappresenta un perno centrale del sistema di early warnings, destinato a favorire l'emersione tempestiva della crisi di impresa, sul presupposto che affrontare tardivamente tale situazione, quando ormai si è verificata la perdita della continuità aziendale, rappresenta un danno per l'intero sistema economico e per gli stessi creditori, che vedono in tal modo azzerarsi il residuo valore dell'azienda, oltre che le stesse opportunità occupazionali e di fare impresa, anche a causa della perdita di credibilità sul mercato*» (relazione n. 87 del 15 settembre 2022).

(36) Corte dei conti, sez. reg. contr. Liguria, 8 marzo 2017, n. 24/2017/PAR.

(37) Corte dei conti, sez. reg. contr. Lazio, 17 ottobre 2018, n. 66/2018/PAR.

(38) Cfr. *ex multis* Corte dei conti, sez. reg. contr. Liguria, 20 aprile 2018, n. 84/2018/PAR; sez. reg. contr. Lombardia, 5 febbraio 2014, n. 42/2014/PAR e 30 luglio 2015, n. 260/2015/PRSE; sez. reg. contr. Piemonte, 17 gennaio 2018, n. 3/2018/PAR; sez. reg. contr. Abruzzo, 21 ottobre 2015, n. 279/2015/PAR.

(39) Cfr. *ex multis* Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 17 luglio 2019, n. 296/2019/PAR. «*La giurisprudenza contabile ha, poi, evidenziato la necessità di un programma industriale o di una prospettiva che realizzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo (così sez. contr. Piemonte n. 61/2010/PAR; sez. contr. Lombardia n. 1081/2010/PAR e n. 207/2011/PAR; sez. contr. Liguria n. 24/2017/PAR), segnalando altresì l'esigenza di porre un freno alla distorta prassi di procedere a ricapitalizzazioni e ad altri trasferimenti straordinari per coprire le perdite strutturali, anche alla luce delle disposizioni eurounitarie che vietano agli operatori economici di beneficiare di diritti speciali o esclusivi, o comunque di privilegi in grado di alterare le fisiologiche dinamiche concorrenziali del mercato (sez. contr. Puglia, n. 29/2012/PAR)*» (Corte dei conti, sez. reg. contr. Veneto, 29 gennaio 2021, n. 18/2021/PAR). I Giudici contabili hanno, di recente, confermato l'inattuabilità dell'operazione di soccorso finanziario a favore di società *in house* in liquidazione finalizzata esclusivamente al ridimensionamento del debito della gestione liquidatoria: «*il divieto di soccorso finanziario per le società in liquidazione opera, a maggior ragione, con vincoli superiori a quelli previsti dall'art. 14 TUSP, mancando in nuce il perseguimento delle finalità istituzionali a cui era precipuamente deputata l'attività della partecipata*»; nell'ipotesi di società in liquidazione «*l'apporto finanziario dell'ente socio viene infatti a tradursi in un accollo delle passività societarie, totalmente privo delle finalità proprie di duraturo riequilibrio strutturale*»; «[p]*er giustificare tale scelta, l'ente dovrebbe dimostrare in modo obiettivo la necessità dell'operazione per il perseguimento di interessi pubblici alternativi rispetto alla continuità aziendale; senonché detti interessi pubblici alternativi semplicemente non ricorrono nella mera ipotesi della liquidazione societaria*» (Corte dei conti, sez. reg. contr. Emilia-Romagna, 14 giugno 2022, n. 67/2022/PAR).

(40) Corte dei conti, Lazio, n. 66/2018/PAR cit.

patrimoniale[41] e ingiustificato trattamento di favore verso i creditori della società incapiente[42].
Alla luce dei principi di economicità e di efficienza della gestione esternalizzata, come valorizzati dai Giudici contabili, l'assunzione, da parte dell'ente socio, dei debiti della società partecipata potrebbe, in tesi, essere giustificata solo dalla sussistenza, in concreto, di un prevalente interesse pubblico, al ricorrere del quale la scelta dovrebbe essere supportata da «*un fondamento motivazionale particolarmente solido ed idoneo a dimostrare in modo obiettivo la necessità dell'operazione per il miglior conseguimento di interessi pubblici alternativi rispetto a quelli della continuità aziendale, nonché la relativa convenienza economica rispetto alla fruizione del beneficio della responsabilità patrimoniale limitata*»[43].
In altri termini, un eventuale intervento di risanamento da parte dell'ente locale socio, al fine della sua ammissibilità, deve essere supportato da uno specifico interesse pubblico, perseguito dall'ente in relazione ai propri scopi istituzionali[44], nonché da ragioni economico-giuridiche fondate sulla possibilità di assicurare una continuità aziendale finanziariamente sostenibile[45].
L'ente è tenuto a fornire apposita giustificazione dimostrando «*la sussistenza di un'utilità che possa ascriversi ad un interesse pubblico specifico e concreto, cioè di un'utilità compensativa del sacrificio ulteriore richiesto agli enti pubblici soci*»[46].
Ciò in virtù della dirimente considerazione che «[n]*on sono ammissibili "interventi tampone" con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, erogate senza un programma industriale o una prospettiva che realizzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo*»[47].
Il soccorso finanziario da parte dell'ente locale a favore dell'organismo partecipato, fermo restando il divieto – «*espressivo di un vero e proprio principio di ordine pubblico economico, fondato su esigenze di economicità e razionalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche*» – di sovvenzionamento di soggetti in perdita strutturale, «*è ammesso unicamente, a tutela dell'interesse pubblico, in presenza di una documentata e motivata prospettiva di recupero dell'economicità e dell'efficienza della gestione dei soggetti beneficiari, escludendo ripiani a consuntivo*»[48].
Per quanto attiene, invece, al rilievo – eventual-

(41) Secondo la disciplina di diritto comune, applicabile anche alle società di capitali partecipate da enti locali, per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il proprio patrimonio (cfr. art. 2325 c.c. per le società per azioni e art 2462 c.c. per le società a responsabilità limitata); ne consegue che anche il socio pubblico, in assenza di deroghe sul punto, resta, al pari di ogni altro socio, esposto, da un punto di vista patrimoniale, nei limiti della quota di capitale detenuta.

(42) Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 4 settembre 2012, n. 380/2012/PRSE e 19 marzo 2013, n. 98/2013/PAR.

(43) Corte dei conti, Lazio, n. 66/2018/PAR cit.

(44) Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui i finanziamenti siano finalizzati al recupero al patrimonio dell'ente locale di beni societari indispensabili per la prosecuzione dell'erogazione di servizi pubblici fondamentali (cfr. Corte dei conti, sez. reg. contr. Puglia, 9 maggio 2019, n. 47/2019/PAR) oppure all'ipotesi di pregresso rilascio di garanzie da parte dell'ente partecipante.

(45) Le valutazioni rimesse all'ente partecipante devono comprendere la previa e adeguata verifica delle criticità che generano le perdite e i necessari accertamenti volti a individuare eventuali responsabilità gestionali imputabili agli amministratori della società partecipata. Deve essere, altresì, oggetto di apposita valutazione l'opportunità della conservazione in vita dell'organismo partecipato o del semplice mantenimento della partecipazione in termini di convenienza economico-finanziaria di tale modalità di gestione del servizio rispetto ad altre alternative possibili. Cfr. *ex multis* Corte dei conti Liguria, n. 24/2017/PAR cit.

(46) Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 24 aprile 2017, n. 106/2017/PRNO. Con riferimento alla nozione di «*trasferimenti straordinari*» indicata quale fattispecie agevolata i Giudici contabili hanno ritenuto che «*l'eventuale trasferimento di risorse per la copertura di costi sostenuti dal gestore per l'erogazione della prestazione di servizio pubblico, ulteriori rispetto a quelli originariamente definiti e programmati con il contratto di servizio, assuma carattere straordinario e debba essere ricondotto alla disciplina dell'art. 14, comma 5, del d.lgs. 175/2016, quand'anche effettuato in adempimento di un'obbligazione contrattuale*» (Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 22 aprile 2021, n. 64/2021/PAR).

(47) Corte dei conti, sez. reg. giur. Emilia-Romagna, 1 ottobre 2018, n. 175.

(48) Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 24 febbraio 2022, n. 31/2022/PAR.

mente – attribuibile agli obblighi di accantonamento imposti dall'articolo 21 del TUSP rispetto al divieto di soccorso finanziario i Giudici contabili hanno chiarito che «*l'adempimento dell'obbligo di accantonamento di quote di bilancio, in correlazione ai risultati negativi degli organismi partecipati, non comporta l'obbligo a carico dell'ente locale, anche se socio unico, di ripianare dette perdite o di procedere all'assunzione diretta dei relativi debiti*»[49].

L'obbligo di accantonamento, in realtà, integra «*una regola prudenziale di bilancio, il cui rispetto non contraddice la sussistenza del divieto di ripiano perdite attualmente previsto dall'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 175/2016 se non nel quadro di un piano di risanamento che garantisca l'equilibrio futuro dei conti della partecipata*»[50].

2.3. La ricapitalizzazione della società in perdita

2.3.1. La perdita societaria

In diritto societario con il termine "perdita" si intende una minusvalenza incidente sul patrimonio sociale.

Non tutte le perdite, tuttavia, sono tali da mettere a rischio l'integrità del capitale sociale, essendo prospettabili situazioni diverse in ragione della specifica entità della perdita, suscettibile, sul piano effettuale, di conseguenze differenti: perdita inferiore a un terzo del capitale sociale; perdita superiore a un terzo del capitale sociale, ma non tale da ingenerare l'obbligo di riduzione del medesimo capitale ai sensi degli articoli 2446, comma 2 e 2447 del codice civile (per le società per azioni) e degli articoli 2482-*bis*, comma 4 e 2482-*ter* del codice civile (per le società a responsabilità limitata); perdita di oltre un terzo del capitale sociale con riduzione del medesimo al di sotto del minimo stabilito dall'articolo 2327 (per le società per azioni) e dal numero 4) dell'articolo 2463 del codice civile (per le società a responsabilità limitata), con conseguente obbligo di riduzione del capitale e contemporaneo aumento dello stesso a una cifra non inferiore al detto minimo[51].

Nell'ipotesi di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale «*lo scioglimento della società si produce automaticamente ed immediatamente, salvo il verificarsi della condizione risolutiva costituita dalla reintegrazione del capitale o dalla trasformazione della società ai sensi dell'art. 2447 cod. civ., in quanto, con il verificarsi dell'anzidetta condizione risolutiva, viene meno "ex tunc" lo scioglimento della società*»[52].

(49) Corte dei conti Lombardia n. 296/2019/PAR cit. Cfr. *ex multis* Corte dei conti, sez. reg. contr. Piemonte, 15 giugno 2020, n. 63/2020/PRSE. L'articolo 21 del TUSP prevede l'obbligo di costituzione di uno specifico fondo nel momento in cui la società in cui l'ente locale detiene quote partecipative presenti un risultato di esercizio negativo. Tale obbligo consiste nell'accantonamento, nell'anno successivo rispetto al periodo di esercizio in perdita, di un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato e in misura proporzionale alla quota di partecipazione.

(50) Corte dei conti Lombardia n. 296/2019/PAR cit. «*Il meccanismo dell'accantonamento risponde […] all'esigenza di consentire una costante verifica delle possibili ricadute delle gestioni esternalizzate sui bilanci degli enti locali e si pone quindi nell'ottica dalla salvaguardia degli equilibri finanziari presenti e futuri degli enti stessi*» (Corte dei conti Liguria n. 24/2017/PAR cit.).

(51) Con specifico riferimento agli obblighi di ricapitalizzazione rivenienti da perdite superiori a un terzo del capitale sociale il decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228 ("*Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi*"), convertito, con modificazioni, dalla legge 25 febbraio 2022, n. 15, ha modificato il primo comma dell'articolo 6 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 ("*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*" – c.d. Decreto Liquidità), convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40. Nella versione originaria l'articolo 6 del Decreto Liquidità, precipuamente dedicato alla disciplina degli effetti della diminuzione del capitale in conseguenza di perdite, sospendeva gli obblighi di riduzione del capitale sociale causati da perdite superiori a un terzo e di contestuale reintegrazione del medesimo capitale limitatamente al periodo ricompreso tra il 9 aprile 2020 (*id est*, la data di entrata in vigore del Decreto Liquidità) e il 31 dicembre 2020 e, nel contempo, disponeva l'inoperatività, limitatamente al detto periodo, della causa di scioglimento della società per riduzione del capitale in misura inferiore al minimo legale. Nella versione attualmente in vigore l'articolo 6 del Decreto Liquidità prevede la sospensione degli obblighi di riduzione del capitale sociale e di reintegrazione del medesimo, nonché l'inoperatività della causa di scioglimento della società per le «*perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2021*» (comma 1).

(52) Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2009, n. 9619, rv. 608228-01.

2.3.2. La funzionalizzazione del reintegro del capitale sociale

Con specifico riferimento all'ipotesi in cui le perdite subìte dalla società partecipata siano di entità tale da rendere necessaria – onde evitarne lo scioglimento – la ricostituzione del capitale sociale si è posta la questione della corretta interpretazione della clausola di salvezza recata dal quinto comma dell'articolo 14 del TUSP[53].

Con riferimento alla normativa previgente i Giudici contabili avevano chiarito che la clausola *de qua* ha natura di «*norma di coordinamento tra la disciplina finanziaria e il diritto societario*»[54], come tale inidonea a fondare l'obbligatorietà di un qualsiasi tipo di intervento di sostegno finanziario da parte dell'ente partecipante a favore della società in perdita: «*l'inciso "salvo quanto previsto dall'art. 2447 c.c." lascia infatti aperta la strada per consentire tutte le opzioni previste dalla disposizione, quindi anche la ricapitalizzazione al fine di evitare la liquidazione della società. Si deve pertanto ritenere che rimanga in capo alle pubbliche amministrazioni il potere discrezionale di valutare l'opportunità di mantenere in vita la società che abbia subito perdite tali da far scendere il capitale al di sotto dei limiti legali*»[55].

L'intervento dell'ente locale socio, tuttavia, è consentito soltanto se funzionale ad assicurare una continuità aziendale finanziariamente sostenibile, non potendo la detta clausola essere intesa come attributiva della (indiscriminata) facoltà di procedere alla ricapitalizzazione degli organismi partecipati in perdita[56].

La configurabilità – sostenuta sia dai Giudici amministrativi[57] che da quelli di legittimità[58] – di un'attività amministrativa anche nell'ipotesi in cui l'ente pubblico persegua le proprie finalità istituzionali mediante un'attività assoggettata, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra soggetti privati comporta, stante l'ontologica funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento di interessi a soddisfazione necessaria, che l'opzione per la ricapitalizzazione debba essere comunque supportata da un interesse pubblico.

Ferma restando la legittimità – in via di principio – dell'operazione di ricapitalizzazione, «*costituendo un'ipotesi ricadente nell'espressa eccezione di cui all'art. 2447 c.c.*»[59] e posto che, in ogni caso, la ricapitalizzazione «*costituisce oggetto di una facoltà (e non di un obbligo)*»[60], l'ente locale è tenuto a effettuare «*una previa e adeguata verifica delle criticità che generano le perdite, i necessari accertamenti volti ad individuare eventuali responsabilità gestionali imputabili agli amministratori societari, nonché una compiuta valutazione circa l'opportunità della conservazione in vita dell'organismo partecipato o del semplice mantenimento della partecipazione, ossia della convenienza economico-finanziaria di tale modalità di gestione del servizio rispetto ad altre alternative possibili (ad esempio, gestione diretta, affidamento a terzi con gara ad evidenza pubblica, eccetera)*»[61].

Ciò in virtù della dirimente considerazione che il modello societario «*non può […] essere abusivamente utilizzato quale soggetto giuridico in cui si concentrano i costi di gestione del servizio pubblico al fine di non imputarli direttamente agli enti locali di pertinenza*»[62].

La decisione di reintegrare il capitale sociale della partecipata, anziché prendere atto *sic et simpliciter* dell'automatico scioglimento della stessa, deve essere accompagnata, in un'ottica di buona amministrazione, da interventi di carattere strutturale finalizzati al risanamento della

(53) *Id est*, «*salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile*».

(54) Corte dei conti Emilia-Romagna n. 175/2018 cit.

(55) Corte dei conti Emilia-Romagna n. 175/2018 cit.

(56) Cfr. *ex multis* Corte dei conti, sez. aut., 6 giugno 2014, n. 15/2014/FRG.

(57) Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Ad. plen., 22 marzo 1999, n. 4.

(58) Cfr. *ex multis* Cass., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667.

(59) Corte dei conti, Emilia-Romagna, n. 175/2018 cit.

(60) Corte dei conti, sez. aut., n. 15/2014/FRG cit.

(61) Corte dei conti, Liguria, n. 24/2017/PAR cit.

(62) Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 4 febbraio 2010, n. 86/2010/PAR.

società, nonché adeguatamente ponderata e, nel contempo, sorretta da un analitico supporto motivazionale «*sulla convenienza economica della ricapitalizzazione e sulla sostenibilità finanziaria della stessa*», previo «*adeguato approfondimento istruttorio […] idoneo a evidenziare le ragioni della ricapitalizzazione*»[63].

Per quanto attiene, in particolare, alla misura della ricapitalizzazione – ovvero se l'intervento di reintegro del capitale sociale debba essere o meno limitato alla ricostituzione del minimo legale – i Giudici contabili hanno chiarito che, alla luce dei principi di proporzionalità e di efficienza della spesa pubblica, «*la citazione dell'art. 2447 c.c. ha soltanto la funzione di rammentare la procedura necessaria a consentire la prosecuzione dell'attività societaria secondo la disciplina del diritto civile*», senza, tuttavia, escludere l'applicazione della normativa giuscontabile, ma ponendosi in coordinamento con essa: «*il ripristino del capitale sociale minimo, quando consentito […] deve, di regola, attestarsi nella misura del minimo legale, salve ragioni speciali, previste o comunque rinvenibili nel piano di risanamento, idonee a giustificare, nel caso concreto, una ricapitalizzazione superiore, in armonia con i principi di proporzionalità e ragionevolezza propri delle scelte discrezionali amministrative, in un'ottica di buon andamento delle gestioni finanziarie pubbliche*»[64].

2.3.3. Il danno erariale da ricapitalizzazione

2.3.3.1. La responsabilità risarcitoria

La ricapitalizzazione costituisce per l'ente locale socio (non un obbligo ma) una facoltà e, ove deliberata, deve essere funzionalizzata al risanamento dell'organismo partecipato.

La relativa decisione deve essere assunta tenendo conto della capacità della società di tornare in equilibrio, nonché, nel contempo, motivata in termini di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, attesi i (connessi) possibili rischi di squilibri finanziari per il bilancio dell'ente socio, (inevitabilmente) condizionato anche dai risultati conseguiti dagli organismi partecipati.

Del veicolo societario l'ente locale è tenuto a «*controllarne sia la strumentalità al soddisfacimento di concreti interessi della comunità locale, sia l'economicità complessiva relativamente all'assetto organizzativo dell'ente partecipante, evitando dispersione di pubbliche risorse*»[65].

L'opzione, da parte dell'ente locale, per la ricapitalizzazione della società, nonostante la gestione in perdita e l'assenza di concrete possibilità di risanamento della medesima nella prospettiva di una continuità aziendale, è qualificabile come «*improvvida*»[66], in quanto «*in contrasto con i più elementari principi di efficacia ed efficienza della spesa*»[67].

La sottrazione di risorse pubbliche ai fini istituzionali dell'ente e la destinazione di esse a sostenere una non corretta *governance* societaria costituisce un contegno foriero di responsabilità a carico degli amministratori pubblici in termini di danno erariale, come tale sindacabile dalla Corte dei conti.

2.3.3.2. La responsabilità sanzionatoria

Gli amministratori pubblici sono, altresì, passibili di responsabilità sanzionatoria nell'ipotesi in cui, ferma restando la (necessaria) funzionalizzazione

(63) Corte dei conti, sez. reg. contr. Lazio, 7 giugno 2022, n. 76/2022/PAR.

(64) Corte dei conti Lazio n. 76/2022/PAR cit.

(65) Corte dei conti Lombardia n. 982/2010/PAR cit. Ai Giudici contabili meneghini è stato sottoposto un quesito vertente sulla legittimità, «*alla luce della vigente normativa*», della scelta dell'Amministrazione comunale istante di mantenere la partecipazione sociale in una società che, «*per ragioni diverse, è tuttora in stato di inattività e fin dalla sua costituzione presenta bilanci costantemente in perdita*» e, per il caso di risposta positiva, «*se il Comune possa partecipare alle operazioni di ricostituzione al minimo del capitale sociale, con contestuale ripiano delle perdite della società*». Secondo la Corte dei conti, «*il mantenimento della partecipazione societaria dovrebbe essere sorretto dalla stretta necessità rispetto alle finalità istituzionali dell'Ente*»: «*la scelta del Comune non può prescindere dalla valutazione dell'operato dell'organo di gestione della società*».

(66) Corte dei conti Lombardia n. 982/2010/PAR cit.

(67) Corte dei conti Lombardia n. 982/2010/PAR cit.

della ricapitalizzazione al risanamento dell'organismo partecipato, per attuare l'operazione di reintegro del capitale sociale abbiano fatto ricorso all'indebitamento.

Ai sensi dell'articolo 3[68] della legge 24 dicembre 2003, n. 350[69] le partecipazioni azionarie e i conferimenti di capitale «*costituiscono investimenti*»[70]. Le operazioni di ripianamento delle perdite e di ricapitalizzazione, invece, costituiscono spesa corrente[71], con la conseguenza che per l'effettuazione delle operazioni *de quibus* l'ente locale non può fare ricorso a risorse di parte capitale, né a mutui o ad altre forme di indebitamento[72].

In proposito, l'articolo 30[73] della legge 27 dicembre 2002, n. 289[74] ha sancito una forma di responsabilità sanzionatoria a carico degli enti territoriali che ricorrono all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento: il contegno è sindacabile dal Giudice contabile, il quale può irrogare una «*sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento della commissione della violazione*»[75].

3. Considerazioni conclusive

L'opzione per la gestione esternalizzata dei servizi pubblici, in quanto (potenzialmente) idonea a pregiudicare gli equilibri economico-finanziari dell'ente locale socio, è assoggettata a stringenti limitazioni riguardanti non soltanto la facoltà di costituzione di nuove società e di mantenimento delle partecipazioni in società esistenti, ma anche la possibilità di sovvenzionamento degli organismi partecipati in perdita.

L'ente locale è tenuto, nell'esercizio delle sue autonome scelte gestionali, a operare in ossequio ai principi di razionalità economica e di sana gestione finanziaria, costituenti il precipitato normativo del principio – sancito a livello costituzionale – del buon andamento dell'azione amministrativa.

Il contegno irrispettoso dei detti principi è suscettibile di produrre – stante la sottrazione di risorse pubbliche ai fini istituzionali dell'ente e la destinazione di esse a sostenere una non corretta *governance* societaria – danno erariale, come tale sindacabile dalla Corte dei conti nella duplice forma della responsabilità sia risarcitoria che sanzionatoria.

(68) Rubricato "*Disposizioni in materia di oneri sociali e di personale e per il funzionamento di amministrazioni ed enti pubblici*".

(69) Recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)*".

(70) Art. 3, comma 18, l. n. 350/2003.

(71) La spesa per la ricapitalizzazione è soggetta, per il caso di utilizzo dell'avanzo di amministrazione, ai limiti previsti dall'articolo 42 ("Il risultato di amministrazione") del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 ("Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42") per le regioni e dall'articolo 187 ("Composizione del risultato di amministrazione") del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 ("Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali") per gli enti locali. In ogni caso, la spesa è da adottare con il meccanismo di riconoscimento dei debiti fuori bilancio a norma dell'articolo 73 ("Riconoscimento di legittimità di debiti fuori bilancio delle Regioni") del decreto legislativo n. 118 del 2011 per le regioni e dell'articolo 194 ("Riconoscimento di legittimità di debiti fuori bilancio") del decreto legislativo n. 267 del 2000 per gli enti locali.

(72) Per un approfondimento delle rilevazioni contabili nei rapporti tra ente locale e organismo partecipato si veda M. Venturato, M. Bellesia, J. Bercelli, P. Dalpiaz, A. Gröbner, *Le società partecipate da enti locali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019.

(73) Rubricato "Disposizioni varie per le regioni".

(74) Recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)".

(75) Art. 3, comma 15, l. n. 289/2002. La norma sancisce, altresì, la nullità dei «relativi atti e contratti».

Attualità

Il diritto di accesso ai dati personali

di Francesco Modafferi

1. Premessa

In via generale in ambito giuridico, per diritto di accesso si definisce la facoltà riconosciuta alle persone dalla legge di conoscere il contenuto di oggetti informazionali (atti, documenti, dati, ecc.) detenuti da altri (enti pubblici o soggetti privati). Esso normalmente si accompagna e completa misure di trasparenza in quanto consente di superare il diaframma che separa due entità giuridiche e di verificare la correttezza delle decisioni adottate e tutelare i propri diritti nelle sedi competenti.

2. Il diritto di accesso come strumento per superare gli squilibri informativi

Diversi sono i settori nei quali si è andato affermando il diritto di accesso sia in ambito pubblicistico che privatistico.
In campo amministrativo, a partire dagli anni novanta, varie forme di accesso sono state introdotte dal legislatore: dall'accesso documentale e procedimentale (regolato dalla legge n. 241/1990) che consente, a colui che dimostra di essere in possesso di un interesse qualificato, di accedere ad atti e documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, all'accesso civico (regolato dal d.lgs. n. 33/2013) esercitabile anche senza la manifestazione di uno specifico interesse e che si estende a tutti i dati e i documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni, all'unica condizione che siano tutelati gli interessi pubblici e privati espressamente indicati dalla legge.
In campo privatistico possiamo citare il diritto del cliente della banca (e di colui che gli succede a qualunque titolo o che subentra nell'amministrazione dei suoi beni) di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni (previsto dall'art. 119 del Testo unico bancario); oppure il diritto di accesso che le imprese di assicurazione, esercenti l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, devono riconoscere ai contraenti o ai danneggiati, a conclusione dei procedimenti di valutazione, constatazione e liquidazione dei danni che li riguardano (previsto dall'art. 146 del codice delle assicurazioni private, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209).
Tutte queste forme di accesso, pur nella diversità dei presupposti e dei contesti di riferimento, hanno in comune che l'oggetto dell'attività conoscitiva da parte dell'avente diritto è costituito, nella gran parte dei casi, da atti e da dati. In ambito privacy:

Caratteristiche	Accesso 241	Accesso civico	Accesso privacy
Soggetto legittimato	Soggetti privati	Chiunque (soggetto pubblico o privato)	La persona a cui si riferiscono i dati (interessato)
Oggetto richiesta	Documenti amministrativi	Documenti, informazioni e dati	Dati personali
Necessità motivazione	Necessaria – tutela interesse diretto concreto e attuale corrispondente a situazione giuridicamente tutelata	Non necessaria	Non necessaria
Tutela	Ricorso al TAR difensore civico Commissione per l'accesso	Riesame al responsabile per la trasparenza o ricorso al difensore civico/TAR	Reclamo al Garante o ricorso al tribunale ordinario

3. Il contenuto del diritto di accesso in ambito privacy e le sue peculiarità

L'obiettivo generale del diritto di accesso previsto dalla disciplina di protezione dati **è quello di fornire alle persone informazioni sufficienti, trasparenti e facilmente accessibili**, sul trattamento dei loro dati personali, in modo da poter conoscere e verificare la liceità del trattamento e l'esattezza dei dati trattati.

Anche in questo caso il diritto di accesso ha natura strumentale in quanto consente all'interessato di valutare se richiedere al titolare la cancellazione o la rettifica dei propri dati o se inviare un reclamo all'autorità di protezione dati.

Il Comitato europeo per la protezione dei dati ha adottato degli orientamenti generali sulle modalità per l'attuazione del diritto di accesso previsto dall'art. 15 del Regolamento 2016/679 (d'ora in poi Regolamento), posti in consultazione pubblica e in via di prossima adozione[1].

Il diritto di accesso previsto dall'art. 15 del Regolamento comprende tre diverse aspetti:

- la conferma che i dati relativi all'interessato sono trattati o meno;
- l'accesso a tali dati personali;
- la comunicazione di informazioni sul trattamento quali: finalità, categorie di dati e destinatari, durata del trattamento, diritti degli interessati e garanzie adeguate in caso di trasferimenti di paesi terzi.

Occorre tenere presente in primo luogo che tale diritto non consente di accedere a informazioni personali riferite a terzi, ovvero a dati riferiti a soggetti diversi dall'interessato.

Ad esempio, non è ammissibile una richiesta di accesso ai dati, *ex* art. 15 del Regolamento, rivolta a un titolare del trattamento che gestisce un sistema di videosorveglianza, finalizzata a individuare l'eventuale responsabile di un danneggiamento alla propria autovettura parcheggiata nelle aree videosorvegliate, proprio perché l'oggetto di tale

(1) Orientamenti 01/2022 sui diritti degli interessati. Diritto di accesso, Versione 1.0.

istanza non sono i propri dati personali ma quelli del terzo danneggiante[2]. Viceversa la richiesta non può essere negata se riguarda i propri dati personali e nelle immagini riprese vi sono anche immagini di terzi i cui diritti possono essere tutelati, adottando idonee misure di oscuramento/offuscamento dei volti.

La richiesta non è subordinata al rispetto di specifici requisiti formali[3]. Il Garante per la protezione dei dati ha comunque elaborato e reso disponibile attraverso il proprio sito web un modello standard di esercizio dei diritti che può essere liberamente utilizzato e che può agevolare gli interessati nella formulazione della richiesta[4].

L'uso di questo modulo, o di altri analoghi eventualmente resi disponibili dal titolare del trattamento, non può essere tuttavia considerata una condizione necessaria per la gestione della richiesta da parte dell'interessato[5].

Una volta ricevuta la richiesta di accesso, il titolare del trattamento deve preliminarmente verificare se:

- è in grado di identificare i dati che si riferiscono all'interessato;
- il soggetto che richiede i dati sia effettivamente l'interessato.

Nel primo caso, il titolare del trattamento, ove ravvisi difficoltà nell'individuazione dei dati richiesti, **è tenuto** ad attivarsi e chiedere all'interessato di fornire informazioni supplementari che gli consentano la corretta identificazione dei dati; nel secondo caso può chiedere informazioni ulteriori per confermare l'identità dell'interessato.

Al fine di prevenire incertezze e mettere in condizione i titolari del trattamento di comunicare i dati personali a ragion veduta solo all'interessato, il Garante ha previsto nel modulo di esercizio dei diritti predisposto, ad esempio, che l'interessato che esercita i diritti alleghi alla richiesta copia di un proprio documento di identità.

Laddove fosse incerto se la richiesta effettuata dall'interessato sia riferita a tutti o solo a una parte dei dati personali che lo riguardano, il titolare del trattamento può chiedere all'interessato di specificare la richiesta, soprattutto se riguarda una grande quantità di dati, ad esempio nel caso in cui la richiesta provenga da un dipendente con un lungo periodo di servizio.

In ogni caso è preclusa al titolare la possibilità di opinare circa la quantità di dati richiesta che può

(2) In un simile caso potrà essere chiesto di comunicare le immagini riprese per la tutela dei propri interessi, ma spetterà al titolare del trattamento verificare su sussista un'adeguata base giuridica per procedere a tale comunicazione, tenendo conto, in primo luogo, delle finalità del trattamento (ad es. se le finalità del trattamento riguardano esplicitamente anche la tutela dei beni e all'incolumità dei terzi, circostanza che potrebbe ricorrere in parcheggio a pagamento). In quest'ultimo caso, la base giuridica del trattamento potrebbe essere individuata nel perseguimento di un legittimo interesse, anche di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato (art. 6, par. 1, lett. *f*)), sulla base di un'adeguata valutazione degli interessi legittimi (dell'interessato e del terzo) in gioco. La (eventuale) comunicazione dei dati del terzo ripreso dalle telecamere potrebbe quindi essere effettuata, previa identificazione e dimostrazione di essere il soggetto coinvolto in un determinato sinistro. In questi termini, la eventuale comunicazione di dati relativi a terzi resta tuttavia una mera facoltà del titolare che se ne assume la responsabilità e non configura la concretizzazione di un diritto dell'interessato.

(3) Sul punto vedi il provvedimento n. 255 del 21 luglio 2022 [doc. web 9809466], dove è riportato *che "Il Regolamento, infatti, non richiede che l'istanza di esercizio dei diritti debba rivestire una determinata forma né che l'oggetto dell'istanza debba necessariamente contenere determinati riferimenti (v. sul punto le Linee guida dell'EDPB sui diritti degli interessati – diritto di accesso, sottoposte a consultazione pubblica terminata in data 11 marzo 2022 che precisano che "It should be noted that the GDPR does not introduce any formal requirements for persons requesting access to data", "Va osservato che il regolamento generale sulla protezione dei dati non introduce alcun requisito formale per le persone che chiedono l'accesso ai dati", traduzione non ufficiale, punto 50)".*

(4) *www.garanteprivacy.it/home/modulistica-e-servizi-online.*

(5) Sul punto vedi il provvedimento n. 225 del 16 giugno 2022 [doc. web n. 9795350], dove è stato precisato che *"Posto che la predisposizione di un modulo può, in termini generali, costituire una modalità organizzativa volta ad agevolare gli interessati nella presentazione delle istanze, non è, invece, conforme alla disciplina vigente in materia di protezione dei dati personali condizionare, al previo invio del predetto modulo compilato, l'avvio della procedura preordinata a dare corso all'esercizio del diritto, e non prendere in considerazione nel merito le istanze presentate in forma libera.*

Ciò a maggior ragione se, come nel caso oggetto di reclamo, l'istanza presentata indica in modo dettagliato - tramite il riferimento al contenuto dell'art. 15 - il novero dei dati personali in relazione ai quali si esercitava il diritto. Ciò indipendentemente dalla facoltà del titolare di chiedere all'interessato – se necessario – chiarimenti sull'oggetto dell'istanza".

eventualmente rilevare, ai fini della gestione della procedura, solo laddove determini una particolare complessità nella ricerca dei dati, circostanza che può legittimare, previa comunicazione all'interessato, un termine maggiore per il soddisfacimento della richiesta[6].

Definito esattamente l'ambito della richiesta, il titolare del trattamento dovrà cercare i dati personali in tutti i sistemi informatici e nei sistemi di archiviazione non informatici sulla base di criteri di ricerca che riflettano il modo in cui le informazioni sono strutturate, ad esempio nome e numero di cliente/dipendente.

Il Regolamento prevede poi che la comunicazione dei dati e delle altre informazioni relative al trattamento sia fornita in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio chiaro e semplice che tenga conto dell'età e delle condizioni dell'interessato note al titolare in relazione al contesto del trattamento.

Se i dati messi a disposizione sono estratti da sistemi informatici complessi, può essere talvolta necessario fornire all'interessato elementi aggiuntivi, codifiche o spiegazioni che gli consentano di interpretarli.

Appare opportuno chiarire che, quanto contenuto dall'articolo 15, paragrafo 3, del Regolamento ove si prevede che il titolare del trattamento fornisca una copia dei dati personali cui si riferisce il trattamento, non comporta necessariamente la riproduzione dei documenti originali.

Spetta infatti al titolare del trattamento decidere in merito alla forma appropriata in cui saranno forniti i dati personali. Il titolare del trattamento può, sebbene non sia necessariamente obbligato, fornire i documenti contenenti dati personali relativi all'interessato, in quanto tali e nella loro forma originale, ma, ai fini del rispetto della disposizione, può essere anche sufficiente che al richiedente sia fornita una sintesi completa di tali dati in forma che gli consenta di verificare l'esattezza e la conformità al Regolamento del trattamento e di esercitare gli altri diritti conferitigli.

(6) In base all'art. 12, par. 3, il termine ordinario di trenta giorni per la risposta può essere prorogato di due mesi tenuto conto della complessità e della numerosità delle richieste.

Un ruolo importante nella gestione delle richieste di accesso può essere svolto, ove nominato, il responsabile della protezione dei dati (RPD) che costituisce, per gli interessati, il naturale punto di contatto (come previsto peraltro espressamente dall'art. 38, par. del Regolamento) e la cui competenza assicura che il processo di gestione della richiesta e le valutazioni di merito siano sempre prese nel pieno rispetto delle disposizioni e degli orientamenti dell'Autorità.

4. Il c.d. diritto di accesso «rinforzato» in caso di trattamenti che comportano processi decisionali automatizzati compresa la profilazione

Le preoccupazioni crescenti che accompagnano il progresso tecnologico, caratterizzato da uno sviluppo della capacità di analisi dei megadati (*big data*), dal ricorso, sempre più rilevante, all'intelligenza artificiale e all'apprendimento automatico da parte dei sistemi (*machine learning*), comportano la necessità che siano individuate misure adeguate a tutelare le persone.

Come rilevato da Ulrich Beck, l'evoluzione tecnologica va di pari passo con la produzione sociale di rischi; uno degli obiettivi di fondo della regolazione è dunque quello di gestire i c.d. "effetti collaterali latenti" di questa evoluzione per «limitarli e diluirli distribuendoli in modo che non ostacolino il processo di modernizzazione né travalichino i confini di ciò che è considerato "tollerabile"»[7]. Questo è infondo la logica della protezione dei dati promossa dal Regolamento e basata appunto sul "*risk-based thinking*", ovvero un approccio proattivo alla gestione dei rischi connessi al trattamento dei dati personali.

In questo contesto, poiché sempre più spesso si ricorre ad attività di profilazione e a processi decisionali automatizzati, il Regolamento introduce,

(7) Ulrich Beck, La società del rischio – verso una seconda modernità, Carocci editore, p. 26. Nel testo l'autore rappresenta come i rischi e i pericoli di oggi si distinguono in modo essenziale da quelli delle ere precedenti per la loro natura globale.

al riguardo, nuove garanzie per far fronte ai rischi che ne possono derivare.

In primo luogo Il Regolamento, all'art. 4, punto 4, dà una definizione di profilazione che prima mancava; tale è «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

L'uso del verbo "valutare" suggerisce che la profilazione implichi una qualche forma di giudizio in merito a una persona[8]. La profilazione è dunque una procedura che, impiegata per effettuare previsioni utilizzando dati provenienti da varie fonti, può implicare una serie di deduzioni utili per inferire qualcosa su una persona in base alle qualità di altre persone che sembrano statisticamente simili[9].

Siamo di fronte dunque a un trattamento di dati complesso dal quale potrebbero derivare errori di valutazione pregiudizievoli per l'interessato quali, ad esempio, l'ingiusta privazione di provvidenze o benefici o il mancato accesso a determinati beni o servizi, in violazione del principio di non discriminazione. Ciò indipendentemente dal fatto che la profilazione possa, in molti casi, produrre effetti utili per le persone e le organizzazioni, offrendo loro vantaggi quali miglioramenti dell'efficienza e risparmi di risorse.

Per questo il Regolamento prevede, innanzi tutto, che gli interessati siano adeguatamente informati (considerando 60 e 63, nonché articoli 13 e 14). Gli articoli 13 e 14 prevedono infatti un obbligo di trasparenza "rafforzato" che implica, da un lato, che l'interessato sia avvertito circa il fatto che sarà oggetto di un trattamento automatizzato, compresa la sua profilazione, e dall'altro, che sia messo in condizione di conoscere la logica utilizzata per tale tipo di trattamento e le conseguenze.

Considerato inoltre che, dalle analisi dei dati effettuata nell'ambito di una profilazione, si generano informazioni nuove (e diverse da quelle fornite dall'interessato o altrove raccolte), proprio per effetto dell'associazione a un determinato profilo, e che tali nuove informazioni potrebbero rientrare tra i cosiddetti dati particolari di cui all'art. 9 del Regolamento (anche laddove inizialmente i dati trattati erano dati "comuni"), è necessario che, in questo caso, il trattamento sia configurato in modo da rispettare le più stringenti condizioni previste dal Regolamento per il trattamento di tali dati.

Proprio la complessità e la delicatezza del trattamento, la elaborazione di giudizi o la classificazione degli individui sulla base dell'elaborazione dei loro dati effettuata dal titolare del trattamento, ha indotto il legislatore europeo a prevedere che, ove l'interessato eserciti il diritto di accesso, il titolare del trattamento è tenuto a fornire, oltre alle informazioni generali sul trattamento, anche indicazioni circa i dati utilizzati per creare il profilo e a consentire l'accesso anche alle informazioni sulla base delle quali l'interessato è stato inserito in un determinato segmento.

Solo l'accesso alle informazioni utilizzate dal titolare del trattamento e alla logica utilizzata per "classificare" gli interessati può consentire all'interessato di comprendere l'impatto che le procedure automatizzate e la profilazione hanno

(8) Come riportato nelle Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento n. 2016/679, WP 251 rev. 01, adottate il 3 ottobre 2017, Versione emendata e adottata in data 6 febbraio 2018: «La semplice classificazione di persone basata su caratteristiche note quali età, sesso e altezza non determina necessariamente una profilazione. Quest'ultima dipende infatti dalla finalità della classificazione».

(9) Il Regolamento si è ispirato alla definizione di cui alla raccomandazione CM/Rec (2010)132 del Consiglio d'Europa nella quale si evidenzia che la profilazione normalmente prevede tre fasi distinte: raccolta e memorizzazioni di dati su larga scala (data warehousing); analisi automatizzata per individuare correlazioni (*data mining*); applicazione della correlazione a una persona fisica per individuare caratteristiche di comportamento presenti o future. Come regola generale, se le prime due fasi (data warehousing e data mining) possono essere svolte anche mediante l'uso di dati anonimi o pseudonomizzati, la terza fase invece comporta necessariamente dati riferiti a persone identificate o identificabili.

avuto su di lui e di valutare la correttezza del trattamento.
Fino a che punto arrivi il diritto dell'interessato a ricevere informazioni significative sulla logica di questa particolare tipologia di trattamenti è questione assai dibattuta in dottrina[10].
In un contesto diverso dalla protezione dei dati personali, è interessante rilevare come l'uso di algoritmi da parte dell'amministrazione pubblica abbia già impegnato il giudice amministrativo chiamato a valutare, in senso positivo, l'ammissibilità del diritto di accesso *ex* art. 22 della l. 241/1990 al codice sorgente di un algoritmo. Secondo il giudice infatti consegnare ai richiedenti la mera descrizione del funzionamento dell'algoritmo non assolveva alla medesima funzione conoscitiva data dall'acquisizione diretta del linguaggio informatico sorgente[11].
Particolarmente significative appaiono, a riguardo, anche le parole del Consiglio di Stato, che postula in proposito un principio di "conoscibilità" dell'algoritmo intesa in senso ampio, come "declinazione rafforzata del principio di trasparenza", che implica in realtà la piena "comprensibilità" della "decisione robotizzata", da intendersi come "piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico"[12].
La difficoltà per il titolare starà nell'individuazione di modalità che, pur tenendo conto della complessità tecnica dei sistemi utilizzati, consentano a un interessato, che non sia necessariamente in possesso di conoscenze informatiche o giuridiche, la piena comprensibilità delle informazioni relative al funzionamento dell'algoritmo, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro come richiesto dal Regolamento (v. art. 12, par. 1). Ciò anche considerando quella che è stata definita la "opacità tecnica dell'algoritmo", ovvero la scarsa (o nulla) intelligibilità del suo funzionamento legata alla particolare complessità della tecnologia impiegata nella sua costruzione o al fatto che la sua evoluzione non sia sempre legata a un predeterminato progetto elaborato dall'uomo (nel caso del c.d. *machine learning*)[13].
In linea con l'esigenza di garantire la trasparenza dei processi decisionali automatizzati, si pone infine anche il d.lgs. 27.6.2022, n. 104 (decreto Trasparenza) che ha dato attuazione alla Direttiva europea n. 1152/2019, relativa alla definizione di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea.
All'interno di questo recente atto normativo, è stato previsto che il datore di lavoro è tenuto a informare il lavoratore dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, fornendogli indicazioni anche sulla logica e sul funzionamento di detti sistemi. Le disposizioni prevedono anche che il lavoratore, direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, ha diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni. L'Autorità si è riservata di esaminare le interazioni delle nuove disposizioni con il quadro regolatorio in materia di protezione dei dati personali e di fornire idonei chiarimenti al riguardo.

(10) Cfr. riguardo Anrew D. Selbs, J. Powles, *Meaningful information and the rhight to explanation*, International data privacy law 233 (2017) e anche S. Wachter, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist,* in *the GDPR*, Brent Mittelstadt, Luciano Floridi.

(11) Nella sentenza del TAR del Lazio, sez. III-*bis*, n. 03742/2017 del 14 febbraio 2017 si affronta anche il tema del rapporto con la tutela del diritto di autore e di proprietà intellettuale rilevando che «né il diritto di autore né la proprietà intellettuale precludono la semplice riproduzione, ma precludono, invece, al massimo, soltanto la riproduzione che consenta uno sfruttamento economico e, non essendo l'accesso lesivo di tale diritto all›uso economico esclusivo dell'opera, l'ostensione deve essere consentita nelle forme richieste da parte dell'interessato, ossia della visione e dell'estrazione di copia, fermo restando che delle informazioni ottenute dovrà essere fatto un uso appropriato, ossia esclusivamente un uso funzionale all›interesse fatto valere con l'istanza di accesso che, per espressa allegazione della parte ricorrente, è rappresentato dalla tutela dei diritti dei propri affiliati, in quanto ciò costituisce non solo la funzione per cui è consentito l›accesso stesso, ma nello stesso tempo anche il limite di utilizzo dei dati appresi, con conseguente responsabilità diretta dell'avente diritto all'accesso nei confronti del titolare del software». Su questo punto vedi anche le considerazioni riportate nel paragrafo 5.

(12) Così la sentenza n. 2270 del 2019, punto 8.

(13) Vedi in proposito P. Zuddas, *Brevi note sulla trasparenza algoritmica*, in *Amministrazione in cammino,* 5 giugno 2020.

5. Il bilanciamento con i diritti e le libertà di terzi e le limitazioni al diritto di accesso

Il diritto di accesso dell'interessato ai propri dati è soggetto solo ai limiti espressamente previsti dalla legge e derivanti:

- dall'articolo 15, paragrafo 4, del Regolamento (diritti e libertà altrui);
- dall'articolo 12, paragrafo 5, del Regolamento (richieste manifestamente infondate o eccessive);
- dall'art. 2-u*ndecies* **del Codice in materia di protezione dei dati personali.**

Quest'ultima disposizione, che positivizza nell'ordinamento nazionale le limitazioni previste in linea generale dall'art. 23 del Regolamento, prevede che l'esercizio dei diritti possa essere limitato con riferimento:

a) agli interessi tutelati in base alle disposizioni in materia di riciclaggio;
b) agli interessi tutelati in base alle disposizioni in materia di sostegno alle vittime di richieste estorsive;
c) all'attività di Commissioni parlamentari d'inchiesta istituite ai sensi dell'articolo 82 della Costituzione;
d) alle attività svolte da un soggetto pubblico, diverso dagli enti pubblici economici, in base ad espressa disposizione di legge, per esclusive finalità inerenti alla politica monetaria e valutaria, al sistema dei pagamenti, al controllo degli intermediari e dei mercati creditizi e finanziari, nonché' alla tutela della loro stabilità;
e) allo svolgimento delle investigazioni difensive o all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria;
f) alla riservatezza dell'identità del dipendente che segnala ai sensi della legge 30 novembre 2017, n. 179, l'illecito di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio ufficio;
g) agli interessi tutelati in materia tributaria e allo svolgimento delle attività di prevenzione e contrasto all'evasione fiscale.

Per quanto riguarda il primo aspetto (diritti e le libertà altrui), occorre rilevare che il considerando 63 del Regolamento prevede che il diritto di accesso non dovrebbe pregiudicare i segreti commerciali o la proprietà intellettuale e in particolare il diritto d'autore che tutela il *software*.
Questa elencazione ha valore esemplificativo in quanto, in linea di principio, qualsiasi diritto o libertà basato sul diritto dell'Unione o degli Stati membri può essere considerato al fine di invocare la limitazione dell'articolo 15, paragrafo 4.
Nel documento contenente gli orientamenti del Comitato europeo sul diritto di accesso, si precisa che gli interessi economici di una società a non divulgare dati personali non devono essere presi in considerazione nell'applicazione dell'articolo 15, paragrafo 4, purché non si tratti di segreti commerciali, di proprietà intellettuale o di altri diritti protetti. Tuttavia, tali considerazioni non dovrebbero comportare il rifiuto di fornire tutte le informazioni all'interessato.
Per quanto invece attiene alla corretta individuazione delle richieste infondate o eccessive, secondo le prime indicazioni del Comitato europeo, i titolari del trattamento devono essere in grado di dimostrare alla persona perché ritengono che la richiesta sia manifestamente infondata o eccessiva e, su richiesta, spiegare i motivi del diniego dell'accesso all'autorità di controllo[14].

(14) Vedi in merito il provvedimento n. 320 del 16 settembre 2021 [doc. web 9704032] *"A tal riguardo, si rileva che l'istanza formulata dall'interessato non può ritenersi "manifestamente infondata" (art. 12, par. 5, del Regolamento), atteso che la normativa in materia di dati personali non richiede che l'interessato debba motivare la propria richiesta di accedere ai dati che lo riguardano, ben potendo il diritto di accesso essere esercitato anche con riguardo ai dati personali che sono stati forniti al titolare del trattamento direttamente dall'interessato, potendo lo stesso avere, ad esempio, interesse a verificare che i propri dati siano esatti e aggiornati (cfr. art. 5, par. 1, lett. d) del Regolamento). In merito alla circostanza che l'Ordine fosse impossibilitato a fornire dati ulteriori rispetto a quelli consegnati dallo stesso interessato, in quanto i procedimenti disciplinari in questione non sarebbero stati ancora conclusi, si osserva che l'Ordine non ha addotto alcun argomento giuridico volto a comprovare tale circostanza, con particolare riguardo alla sussistenza di uno dei casi previsti dalla normativa in materia di protezione dei dati in cui è ammessa una limitazione all'esercizio dei diritti di cui agli artt. 15-22 del Regolamento (cfr. artt. 15, par. 4, del Regolamento e art. 2-undecies del Codice). Né, tantomeno, l'istanza dell'interessato poteva ritenersi "manifestamente […] ecces-*

Ogni richiesta dovrebbe essere quindi esaminata caso per caso e nel contesto in cui è presentata al fine di decidere se è manifestamente infondata o eccessiva.
Nel caso in cui se ne ravvisino i presupposti, il titolare potrà non accogliere la richiesta inviando comunque, entro i termini previsti dall'art. 12 del Regolamento, una comunicazione all'interessato che indichi le ragioni della decisione e la possibilità per lo stesso di presentare un reclamo al Garante o ricorso giurisdizionale[15].
Infine, per quanto riguarda alle esclusioni previste dall'art. 2-*undecies* del Codice, occorre tenere presente che esse operano, caso per caso, solo quando, attraverso l'accesso possa arrecare un pregiudizio effettivo e concreto agli interessi specificamente indicati dall'articolo di legge e devono essere interpretate in senso restrittivo[16].
Spetta quindi al titolare motivare adeguatamente nel diniego le ragioni per le quali l'accoglimento della richiesta possa determinare tale pregiudizio, informando l'interessato della possibilità di esercitare i propri diritti anche tramite il Garante per la protezione dei dati personali che, ove richiesto, accerterà la eventuale sussistenza del diritto sulla base della particolare procedura prevista dall'art. 160 del Codice[17].

---

siv[a], in particolare per il [suo] carattere ripetitivo" (art. 12, par. 5, del Regolamento), atteso che dagli atti non risulta che l'interessato avesse presentato analoghe e reiterate istanze all'Ordine prima del XX".

(15) Vedi provvedimento n. 236 del 16 giugno 2022 [doc. web 9803309] nel quale si afferma che "[il titolare] *non ha fornito riscontro all'istanza di accesso ai dati personali formulata dalla reclamante, entro il termine previsto dall'art. 12, par. 3, del Regolamento; parimenti* [lo stesso titolare]*non ha provveduto a informare l'istante, entro il medesimo termine, dei motivi dell'inottemperanza né della possibilità di presentare reclamo a un'autorità di controllo nonché di proporre ricorso giurisdizionale (art. 12, par. 4, del Regolamento)".*

(16) Al riguardo rileva il provvedimento n. 86 del 25 febbraio 2021 [doc. web n. 9711614] ove è riportato che *"le limitazioni previste dall'art. 2-undecies del Codice devono non solo essere interpretate in senso restrittivo al fine di non ledere "l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali" tutelati dal Regolamento ma anche valutate in concreto con riferimento al singolo diritto azionato dall'interessato in relazione ai contrapposti interessi di cui alle lett. a) – f) del comma 1. In tal senso, a titolo esemplificativo, se l'esercizio del diritto alla cancellazione ai sensi dell'art. 17 del Regolamento è astrattamente suscettibile di pregiudicare il diritto di difesa in sede giudiziale del titolare, lo stesso non si verifica con riferimento a diritti quali accesso o portabilità nella misura in cui, non privando il titolare della disponibilità del dato, non ne limita in alcun modo il diritto di difesa. Diversamente, nel condividere la tesi sostenuta dalla Società si perverrebbe ad una applicazione a tal punto ampia della limitazione di cui all'art. 2-undecies, comma 1, lett. e), del Codice* [difesa in giudizio] *da sacrificare non solo eccessivamente i diritti di cui agli artt. 15-22 del Regolamento, ma anche ogni giudizio di proporzionalità tra il diritto in concreto esercitato dall'interessato e gli interessi tutelati dalle lett. da a) a f) del medesimo articolo del Codice. Pertanto per le ragioni suddette, nel caso di specie non si ritiene configurabile l'ipotesi di cui all'art. 2-undecies, lett. e), del Codice, invocata dalla Società, anche in considerazione del fatto che nessun contenzioso è stato avviato formalmente dalle parti e che quindi il diritto di difesa della Società non è stato leso né in astratto né in concreto, essendo la necessità di difendersi in sede giudiziaria meramente eventuale.*

(17) Che prevede che, se il trattamento non risulta conforme alle norme del Regolamento ovvero alle disposizioni di legge o di Regolamento, il Garante indica al titolare o al responsabile le necessarie modificazioni ed integrazioni e ne verifica l'attuazione. Se l'accertamento è stato richiesto dall'interessato, a quest'ultimo è fornito in ogni caso un riscontro circa il relativo esito, se ciò non pregiudica i diritti alla base della limitazione. Gli accertamenti sono effettuati per il tramite di un componente designato dal Garante e non sono delegabili. Quando risulta necessario in ragione della specificità della verifica, il componente designato può farsi assistere da personale specializzato tenuto al segreto su ciò di cui sono venuti a conoscenza in ordine a notizie che devono rimanere segrete. Gli atti e i documenti acquisiti sono custoditi secondo modalità tali da assicurarne la segretezza e sono conoscibili dal presidente e dai componenti del Garante e, se necessario per lo svolgimento delle funzioni dell'organo, da un numero delimitato di addetti all'Ufficio individuati dal Garante sulla base di criteri definiti dai propri regolamenti interni.

Lo ha detto il giudice

Secondo la Corte Costituzionale spetta allo Stato, e per esso al Garante per la protezione dei dati personali, limitare in via definitiva il trattamento dei dati connessi all'impiego della certificazione verde a livello provinciale.

Corte Costituzionale n. 164/2022

di Francesco Modafferi

Con la sentenza in commento, la Corte Costituzionale è intervenuta in relazione al ricorso, presentato dalla Provincia di Bolzano, per accertare il conflitto di attribuzioni[1] tra la Provincia autonoma e il Garante per la protezione dei dati personali, in relazione al provvedimento n. 244, adottato dal Garante il 18 giugno 2021, con il quale era stata disposta la limitazione definitiva del trattamento dei dati, previsti dalla medesima Provincia autonoma, in tema di certificazione verde per Covid 19.

La questione attiene all'adozione dell'ordinanza contingibile e urgente 23 aprile 2021, n. 20, recante **«Ulteriori misure urgenti per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» da parte del Presidente della Giunta provinciale, in cui, al punto 47, si** *prevedeva l'istituzione delle «certificazioni verdi»*, ovvero le **«attestazioni rilasciate in base a specifici protocolli emanati dall'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige o dalle altre autorità sanitarie»**, che comprovavano la guarigione, ovvero l'intervenuta vaccinazione, ovvero l'esito negativo di un test per la rilevazione del virus.

Il rilascio di tali certificazioni era considerato condizione per l'accesso delle persone a strutture e attività sul territorio della Provincia, in attesa, come indicato nel preambolo dell'ordinanza, *«di eventuali disposizioni normative emanate a livello centrale»*.

Con successiva ordinanza 21 maggio 2021, n. 23, anch'essa recante **«Ulteriori misure urgenti per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»**, si precisava poi che spettava agli esercenti tali attività chiedere l'esibizione della certificazione verde.

La vicenda si inserisce nel complesso quadro delle misure legislative adottate, nella prima parte dell'anno 2021, con riferimento all'emergenza sanitaria in atto che è opportuno richiamare brevemente, al fine di comprendere meglio le ragioni del provvedimento dell'Autorità e la decisione della Corte.

La definizione di procedure di controllo di certificazioni volte a consentire, nel peculiare contesto pandemico, la mobilità delle persone sul territorio è stata frutto di una decisione presa a livello europeo che ha portato all'adozione del Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 *"su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19"*.

Come riportato nel considerando n. 12 del Regola-

(1) I conflitti di attribuzione, il cui giudizio spetta alla Corte Costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost., sono di due diversi tipi: i conflitti tra poteri dello Stato (conflitti interorganici) e quelli tra Stato e Regioni o tra le stesse Regioni (conflitti intersoggettivi).

mento, per facilitare l'esercizio del diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, è stato stabilito un quadro comune per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili, vincolante e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri. Esso doveva agevolare, sulla base di prove scientifiche, la graduale revoca, delle restrizioni da parte degli Stati membri in modo coordinato e avviare, attraverso la libertà di circolazione, la ripresa economica.

Il Regolamento (UE) 2021/953 è stato adottato nel rispetto dei diritti fondamentali e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra cui il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, il diritto all'uguaglianza davanti alla legge e alla non discriminazione, la libertà di movimento e il diritto a un ricorso effettivo ed è stato adottato sentiti il Garante europeo della protezione dei dati e il Comitato europeo per la protezione dei dati che hanno espresso un parere congiunto il 31 marzo 2021.

In Italia, con il decreto legge del 22 aprile 2021, n. 52, sono state introdotte, ancora prima dell'approvazione definitiva del sopra menzionato regolamento europeo, misure urgenti per contenere e contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 concernenti anche gli spostamenti sul territorio nazionale, le modalità di svolgimento di spettacoli aperti al pubblico ed eventi sportivi e di fiere, convegni e congressi.

Rispetto alle disposizioni contenute in questo decreto legge, adottato senza la previa consultazione del Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità ha adottato un provvedimento di avvertimento[2] il 23 aprile 2021 nel quale si evidenziavano una serie di difformità delle disposizioni adottate, rispetto al quadro regolatorio in materia di protezione dei dati personali[3] (criticità successivamente corrette in sede applicativa e con la legge di conversione[4]).

Pressoché contemporaneamente alla definizione di uno strumento nazionale per la verifica delle certificazioni verdi, sono partite, a livello regionale e di provincia autonoma, analoghe iniziative rispetto alle quali il Garante è intervenuto con propri provvedimenti.

Nel primo di questi provvedimenti[5], il Garante ha messo in evidenza che «*la competenza in merito all'introduzione di misure di limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali che implichino il trattamento di dati personali ricade tuttavia, come evidenziato dal Presidente del Garante nella predetta audizione informale alla Camera del 6 maggio u.s., nelle materie assoggettate alla riserva di legge statale (Corte cost., sent. 271/2005 sulla riserva di legge statale sulla protezione dati; Corte cost., sent. 37/21)*».

La Corte Costituzionale aveva infatti già avuto modo di evidenziare che «*la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.*» (Ordinanza n. 4/21).

Ciò appariva ancora più evidente se si teneva conto che, al fine di garantire un approccio coordinato, prevedibile e trasparente all'adozione delle restrizioni alla libertà di circolazione, era in corso di adozione, a livello europeo, il regolamento che istituiva il "certificato verde digitale" e che, nelle more della sua definitiva attuazione, erano state approvate disposizioni nazionali sulla certificazione verde, contenute nel d.l. n. 52/2021.

Per questo motivo, nel provvedimento che riporta il parere del Garante al decreto del Presidente del

(2) Il provvedimento di avvertimento è un peculiare potere attribuito all'Autorità dal Regolamento 2016/679 (art. 58, par. 2, lett. *a)*) attraverso il quale l'Autorità può avvisare il titolare o il responsabile del trattamento sul fatto che i trattamenti previsti (ma non ancora iniziati) possono verosimilmente violare le disposizioni del Regolamento.

(3) Provvedimento di avvertimento, n. 156, del 23 aprile 2021, [doc. *web* 9578184], in merito ai trattamenti effettuati relativamente alla certificazione verde per Covid-19 prevista dal d.l. 22 aprile 2021, n. 52-23 aprile 2021. Le criticità segnalate attenevano l'inidoneità della base giuridica, il rispetto dei principi di minimizzazione e di esattezza dei dati, il principio di trasparenza e di limitazione della conservazione e di integrità e riservatezza.

(4) Vedi al riguardo, in particolare, le condizioni inserite nel dispositivo del parere sul d.P.C.M. di attuazione della piattaforma nazionale DGC per l'emissione, il rilascio e la verifica del Green Pass del 9 giugno 2021 [doc. *web* 9668064].

(5) In particolare con il provvedimento di avvertimento alla regione Campania in merito all'uso delle certificazioni verdi Covid-19 del 25 maggio 2021 [doc. web 9590466].

Consiglio dei Ministri di attuazione della piattaforma nazionale per l'emissione, il rilascio e la verifica del Green Pass del 9 giugno 2021[6], il Garante evidenziava che il trattamento relativo alla verifica del certificato verde poteva essere considerato proporzionato, solo a condizione che, in sede di conversione in legge del d.l. n. 52/2021, fossero specificamente definite le finalità e fosse introdotta una riserva di legge statale per l'utilizzo di certificazioni per attestare l'avvenuta vaccinazione o guarigione da Covid-19, o l'esito negativo di un test antigenico o molecolare.

L'Autorità evidenziava inoltre che «*l'uso di certificazioni, che attestino l'avvenuta vaccinazione o guarigione da Covid-19, o l'esito negativo di un test antigenico/molecolare, diverse da quelle indicate* [d.l. n. 52/2021], *ovvero l'uso di strumenti di verifica (quali ad esempio app per dispositivi mobili) ulteriori rispetto a quelli ivi indicati non possono ritenersi ammissibili perché non garantirebbero in ogni caso il rispetto del principio di esattezza dei dati trattati (art. 5, par. 1, lett. d), del Regolamento). Ciò, in quanto il collegamento con la Piattaforma nazionale-DGC risulta indispensabile per verificare l'attualità delle condizioni attestate nella certificazione, tenendo conto dell'eventuale variazione delle stesse (es. sopraggiunta positività), con significativi rischi anche in ordine alla reale efficacia della misura di contenimento*».

Solo la Piattaforma nazionale-DGC, attuata nel pieno rispetto delle garanzie previste dalla disciplina di protezione dati e conformemente al parere dell'Autorità, avrebbe avuto infatti le caratteristiche per realizzare, superate le criticità in ordine alla specificazione delle finalità del trattamento sopra riportate, il rilevante obiettivo di interesse pubblico sottostante e poteva considerarsi proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito[7].

È in questo quadro generale dunque che l'Autorità è intervenuta, sulla base dei poteri attribuitigli dal Regolamento, anche nei confronti degli atti adottati dalla Provincia autonoma di Bolzano alla base della pronuncia della Corte Costituzionale n. 164 del 2022.

Nel proprio provvedimento il Garante solleva le seguenti obiezioni.

L'Autorità, nel verificare la sussistenza di un'idonea base giuridica alla base del trattamento dei dati connesso all'attuazione dell'iniziativa della Provincia di Bolzano, ha, in primo luogo, rilevato, anche alla luce delle pronunce della giurisprudenza costituzionale e di merito[8], che gli atti adottati eccedevano la competenza dell'ente, sussistendo una riserva di legge statale sulla materia nella quale erano intervenute le ordinanze.

Ciò in particolare alla luce di quanto evidenziato proprio dalla Corte Costituzionale, ovvero che «*la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.*» (Ordinanza della n. 4/21).

La limitazione delle libertà personali effettuata anche attraverso il trattamento di dati sulla salute degli interessati e realizzata mediante la previsione di subordinare l'accesso a luoghi e a servizi al possesso di una certificazione attestante l'avvenuta vaccinazione o guarigione da Covid-19, o l'esito negativo di un test antigenico o molecolare, era quindi ammissibile solo se prevista da una norma

(6) Parere sul d.P.C.M. di attuazione della piattaforma nazionale DGC per l'emissione, il rilascio e la verifica del Green Pass del 9 giugno 2021 [doc. web 9668064].

(7) È utile rilevare inoltre che, il 30 aprile 2021, anche il Comitato nazionale per la bioetica, nel proprio documento su "Passaporto, patentino, green pass nell'ambito della pandemia covid-19: aspetti bioetici", ha evidenziato che "un altro problema legato al 'Pass Covid-19' riguarda la possibilità che le Regioni o i singoli comuni possano richiedere certificazioni aggiuntive, non coincidenti, aggravando il quadro discriminatorio in base alla provenienza geografica". In questa prospettiva quindi il predetto Comitato raccomanda che "al fine di evitare discriminazioni fra i cittadini residenti nei diversi territori del Paese, l'adozione del 'Pass Covid-19' deve essere prevista a livello centrale e applicata in termini omogenei su tutto il territorio nazionale.

(8) Corte cost., sentenza n. 5/2018 sulle condizioni di legittimità dell'obbligo vaccinale, nonché, sulla riserva di legge statale in materia di vaccinazione, cfr. ordinanza Giudice del lavoro di Messina del 12 dicembre 2020; Corte cost., sentenza n. 271/2005 sulla riserva di legge statale sulla protezione dati; Corte cost., sentenza n. 37/2021.

di legge statale[9] (di fatto già adottata (d.l. 22 aprile 2021, n. 52) e attuata con il d.P.C.M. del 17 giugno 2021, con una formulazione che teneva conto delle osservazioni formulate dal Garante nel citato parere del 9 giugno 2021).

In secondo luogo, si rilevava che il sistema di rilascio, gestione e controllo delle certificazioni verdi introdotto dalla Provincia autonoma non assicurava il rispetto dei principi di esattezza, integrità e riservatezza dei dati trattati e risultava quindi difforme, rispetto a quello previsto dal d.P.C.M. del 17 giugno 2021 rispetto al quale l'Autorità aveva reso parere favorevole.

Il complesso e delicato trattamento dei dati personali connesso all'uso delle certificazioni verdi poteva infatti essere lecitamente effettuato esclusivamente in conformità alle modalità previste nel d.P.C.M. del 17 giugno 2021, mediante la Piattaforma nazionale-DGC e nel rispetto delle garanzie ivi previste, anche in ottemperanza delle indicazioni fornite al Governo dall'Autorità.

La Provincia autonoma di Bolzano lamentava, nel ricorso, che il Garante avesse ecceduto dalle proprie competenze, in quanto **«spetta unicamente al Governo denunciare alla Corte costituzionale eventuali presunte violazioni»** del riparto delle attribuzioni costituzionali. Diversamente, il provvedimento del Garante sarebbe fondato **«unicamente su asseriti difetti di competenza della Provincia autonoma»**, esorbitando i limiti delle funzioni attribuite all'Autorità.

Gli atti oggetto del conflitto avrebbero così menomato la sfera di competenza del Presidente della Provincia, al quale spetta, in base all'art. 52 dello statuto di autonomia, adottare i provvedimenti contingibili e urgenti in materia di sicurezza e di igiene pubblica.

La Corte, con riferimento al ricorso, osserva preliminarmente che in effetti gli atti impugnati possono potenzialmente divenire oggetto di un conflitto intersoggettivo, in quanto il Garante per la protezione dei dati personali, pur nella «peculiare collocazione» che connota le autorità indipendenti, conserva carattere nazionale (sentenza n. 88 del 2009, con riferimento all'Autorità per l'energia elettrica e il gas) e in tale qualità esercita, anche nei confronti delle autonomie regionali e speciali, funzioni attribuibili alla sfera di competenza esclusiva dello Stato in tema di ordinamento civile, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *l)*, Cost. (sentenze n. 177 del 2020 e n. 271 del 2005).

Nel merito, giudica tuttavia il conflitto non fondato. L'art. 58, paragrafo 2, lett. *f)*, del Regolamento n. 2016/679/UE attribuisce alle «autorità di controllo» di tutti gli Stati membri – e quindi, per l'Italia, al Garante per la protezione dei dati personali – il potere di **«imporre una limitazione provvisoria o definitiva del trattamento [dei dati personali], incluso il divieto di trattamento».**

È sulla base di questa disposizione che il Garante ha adottato il provvedimento 18 giugno 2021, n. 244, oggetto di ricorso, con il quale ha imposto alla Provincia autonoma di Bolzano e all'Azienda sanitaria dell'Alto Adige la limitazione definitiva dei trattamenti relativi all'utilizzo delle certificazioni verdi effettuati in attuazione delle citate ordinanze del Presidente della Provincia autonoma di Bolzano.

Nel caso concreto, pertanto, non si ravvisa l'esercizio, da parte del Garante, di **«un potere radicalmente diverso da quello attribuito dalla legge»** (sentenze n. 164 del 2021, n. 255 del 2019, n. 10 del 2017, n. 260 e n. 104 del 2016), bensì il puntuale esercizio di un potere specificamente attribuito allo stesso da un atto dell'Unione direttamente applicabile nell'ordinamento italiano.

La limitazione delle competenze regionali o provinciali che ne dovesse conseguire troverebbe quindi fondamento e giustificazione direttamente nel diritto dell'Unione europea, nella misura in cui il provvedimento del Garante sia stato adottato in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti stabiliti dal regolamento n. 2016/679/UE, la cui verifica è affidata, nell'ordinamento italiano, al

(9) Ciò in particolare con riferimento all'artt. 6, par. 2, e 9 del Regolamento e artt. 2-*ter* e 2-*sexies* del Codice in materia di protezione dei dati personali, al Considerando n. 48 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'EU *digital* COVID *certificate* adottato il 14 giugno 2021; cfr. anche Corte cost., sentenza n. 271/2005 sulla riserva di legge statale sulla protezione dati; Corte cost., sentenza n. 37/2021.

giudice ordinario, ai sensi dell'art. 152 del Codice in materia di protezione dei dati personali.
Per altro verso, la Corte Costituzionale evidenzia che la disciplina del *green pass* è estranea all'ambito di competenze poste dalla ricorrente alla base del conflitto. La Corte aveva infatti già affermato che va ricondotta alla competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lett. *q)*, Cost.), **«ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla»**, poiché non vi può essere in definitiva alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad esercitare la relativa funzione ammnistrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo (sentenza n. 37 del 2021).
Rilevato che la certificazione verde aveva la finalità di limitare la diffusione del contagio, consentendo l'interazione tra persone, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, solo se quest'ultime, risultavano vaccinate, guarite, o testate con esito negativo al covid-19, la competenza provinciale in tema di tutela della salute doveva considerarsi recessiva (sentenza n. 37 del 2021). Quest'ultima sentenza aveva inoltre aggiunto che tali conclusioni valgono anche con riguardo all'esercizio del potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia sanitaria.
L'art. 52, secondo comma, dello statuto di autonomia, attribuendo al Presidente della Giunta un potere emergenziale **«nell'interesse delle popolazioni di due o più Comuni»**, conferma, in accordo con il limite territoriale, che **«si tratta di un'attribuzione calibrata su crisi sanitarie di carattere non pandemico o comunque i cui effetti possano ancora reputarsi circoscritti a tale ambito limitato; mentre, nel caso del nuovo coronavirus, è palese il carattere globale della pandemia, e, quindi, la necessità di interventi assunti dalla competente autorità centrale».**
La Corte rileva inoltre che l'art. 9, comma 10-*bis*, del d.l. n. 52 del 2021, come convertito, stabilisce che «[o]*gni diverso o nuovo utilizzo delle certificazioni verdi COVID-19 è disposto esclusivamente con legge dello Stato*», così confermando espressamente, con previsione aggiunta in sede di conversione in legge recependo le indicazioni del Garante, quanto già deducibile dal comma 10 precedente, che affidava la regolamentazione della richiamata Piattaforma nazionale-DGC ad un d.P.C.M., per la cui adozione non era neppure previsto che fosse coinvolto il sistema delle autonomie regionali.
La Corte conclude quindi sul punto che «*l'affermazione posta a base dell'odierno conflitto, secondo la quale il Garante avrebbe menomato l'esercizio di una competenza costituzionale o statutaria della Provincia autonoma, limitando il trattamento dei dati personali legato al green pass, non ha fondamento. Ciò comporta il rigetto del ricorso, perché la Provincia «non è titolare di attribuzione proprie in tale ambito» (sentenza n. 196 del 2009)».*
La Corte Costituzionale rigetta infine anche le doglianze relative al fatto che il Garante si sarebbe surrogato al Governo della Repubblica, menomando l'autonomia speciale.
Il Garante per la protezione dei dati personali, nel richiedere che la regolamentazione delle certificazioni verdi poggiasse sulla sola normativa statale, intendeva infatti limitarsi a un giudizio di esorbitanza degli atti provinciali rispetto alle attribuzioni statutarie, nell'ambito dell'esercizio del potere di controllo attribuito all'Autorità dal Regolamento, quale mero riflesso di una valutazione attinente a profili di omogeneità del trattamento, in relazione alla esattezza, alla integrità e alla riservatezza dei dati trattati.
Non è perciò ravvisabile, anche nel caso concreto, l'esercizio, da parte del Garante, di un potere radicalmente diverso da quello attribuito dalla legge (sentenze n. 164 del 2021, n. 255 del 2019, n. 10 del 2017, n. 260 e n. 104 del 2016). **«Spetta allo Stato, e per esso al Garante per la protezione dei dati personali»**, conclude la Corte, **«limitare in via definitiva il trattamento dei dati connessi all'impiego della certificazione verde a livello provinciale, tanto più che la Provincia autonoma di Bolzano non vanta alcuna attribuzione costituzionale e statutaria in tale materia».**

Cort Costituzionale n. 164/2022

SENTENZA

nel giudizio per conflitto di attribuzione tra enti sorto a seguito del provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 18 giugno 2021, n. 244 (Provvedimento di limitazione definitiva in merito ai trattamenti previsti dalla Provincia autonoma di Bolzano in tema di certificazione verde per Covid 19 – 18 giugno 2021), e della comunicazione del 6 luglio 2021, prot. n. 0035891, del Garante per la protezione dei dati personali, promosso dalla Provincia autonoma di Bolzano con ricorso notificato il 12-18 agosto 2021, depositato in cancelleria il 26 agosto 2021, iscritto al n. 2 del registro conflitti tra enti 2021 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2021.
Udito nell'udienza pubblica del 24 maggio 2022 il Giudice relatore Augusto Antonio Barbera; udito l'avvocato Luca Graziani per la Provincia autonoma di Bolzano; deliberato nella camera di consiglio del 24 maggio 2022.

Ritenuto in fatto

1. Con ricorso depositato il 26 agosto 2021 (reg. confl. enti n. 2 del 2021), la Provincia autonoma di Bolzano ha sollevato conflitto di attribuzione tra enti nei confronti dello Stato, in riferimento al provvedimento 18 giugno 2021, n. 244 (Provvedimento di limitazione definitiva in merito ai trattamenti previsti dalla Provincia autonoma di Bolzano in tema di certificazione verde per Covid 19 - 18 giugno 2021) e alla nota del 6 luglio 2021, prot. n. 0035891, del Garante per la protezione dei dati personali, chiedendo a questa Corte di dichiarare che non spettava al Garante adottare tali atti, e conseguentemente di annullarli.
2. La Provincia ricorrente espone che l'art. 9 del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 (Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19), convertito, con modificazioni, in legge 17 giugno 2021, n. 87, ha disciplinato le certificazioni verdi COVID-19, con efficacia a partire dal 23 aprile 2021.
A tale previsione si è adeguato l'Allegato A, punto II-C, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 8 maggio 2020, n. 4 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nella fase di ripresa delle attività), che, peraltro, si sostiene nel ricorso, già prevedeva, tra le misure di contrasto alla pandemia, l'istituzione «per gli esercizi ricettivi» di una «*covid protected area*» **per i soli «ospiti e clienti» in** grado di dimostrare la negatività al virus.
In ogni caso, fin dal 23 aprile 2021, il Presidente della Giunta provinciale ha adottato, ai sensi dell'art. 52, comma secondo, del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige) l'ordinanza contingibile e urgente 23 aprile 2021, n. 20, recante «Ulteriori misure urgenti per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19».
Il punto 47 di tale ordinanza prevede le «certificazioni verdi», ovvero le «attestazioni rilasciate in base a specifici protocolli emanati dall'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige o dalle altre autorità sanitarie», che comprovano la guarigione, ovvero l'intervenuta vaccinazione, ovvero l'esito negativo di un test per la rilevazione del virus.
Il rilascio di tali certificazioni è reso condizione per l'accesso delle persone a strutture e attività sul territorio della Provincia, in attesa, come indicato nel preambolo dell'ordinanza, «di eventuali disposizioni normative emanate a livello centrale».
Analogamente ha previsto la successiva ordinanza 21 maggio 2021, n. 23, anch'essa recante «Ulteriori

misure urgenti per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», il cui punto 46 precisa che spetta agli esercenti tali attività chiedere l'esibizione della certificazione verde. Entrambe le ordinanze prevedono di avere effetto fino al 31 luglio 2021.
3. A seguito di tali iniziative, il Garante per la protezione dei dati personali, con nota del 30 aprile, prot. n. 24123, ha chiesto informazioni alla Provincia autonoma di Bolzano, che ha risposto il successivo 7 maggio.
Il Garante per la protezione dei dati personali ha tuttavia ritenuto, con il citato provvedimento n. 244 del 2021, di esercitare nei confronti della Provincia il potere, conferito dall'art. 58, paragrafo 2, lettera f), del regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, di imporre una limitazione definitiva al trattamento dei dati relativi all'utilizzo delle certificazioni verdi, in attuazione delle sopra richiamate ordinanze del Presidente della Giunta provinciale.
Il Garante, con tale provvedimento, ha rammentato di avere manifestato l'opinione che i trattamenti dei dati personali previsti dall'art. 9 del d.l. n. 52 del 2021 potessero violare le disposizioni del richiamato regolamento n. 2016/679/UE, e di avere suggerito, nel corso del procedimento legislativo di conversione del decreto-legge indicato, alcuni correttivi a tale proposito. Tra questi, la previsione che la sola normativa statale possa «subordinare l'esercizio di determinati diritti o libertà all'esibizione» della certificazione verde.
Tale convincimento del Garante è stato ribadito nel parere reso il 9 giugno 2021 sullo schema del d.P.C.M. previsto dall'art. 9, comma 10, del d.l. n. 52 del 2021, e concernente la realizzazione della cosiddetta piattaforma nazionale-DGC per la gestione delle certificazioni verdi, nonché le modalità di trattamento dei dati personali raccolti in riferimento al rilascio e all'impiego di tali certificazioni.
Il d.P.C.M. 17 giugno 2021 (Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante «Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da Covid-19») ha, infine, provveduto ad attuare l'art. 9, comma 10, del d.l. n. 52 del 2021, secondo modalità che la parte ricorrente ha integralmente recepito, modificando il punto II-C dell'Allegato A alla legge prov. Bolzano n. 4 del 2020.
4. Il Garante ha limitato definitivamente il trattamento dei dati personali eseguito sulla base delle indicate ordinanze del Presidente della Giunta provinciale, anzitutto sulla base del rilievo, contenuto nel Punto 1 del provvedimento oggetto del conflitto, per il quale «[l]a limitazione delle libertà personali effettuata anche attraverso il trattamento di dati sulla salute degli interessati e realizzata mediante la previsione di subordinare l'accesso a luoghi o servizi al possesso di una certificazione […] è ammissibile solo se prevista da una norma di legge statale».
In secondo luogo, il Garante ha individuato punti di contrasto tra la disciplina recata dal d.P.C.M. 17 giugno 2021, e quella contenuta nelle ordinanze in oggetto. In particolare, è opinione dello stesso Garante, espressa nel punto 2 del medesimo provvedimento, che solo l'impiego della cosiddetta piattaforma nazionale-DGC assicura «l'esattezza e l'aggiornamento dei dati», «nonché la possibilità per l'interessato di utilizzare la predetta certificazione su tutto il territorio nazionale».
Tali considerazioni sono state riprodotte nella nota del 6 luglio 2021, anch'essa oggetto di conflitto, trasmessa anche alla Provincia ricorrente, con la quale la richiamata autorità indipendente ha invitato a **«soprassedere» dall'utilizzo di certificazioni verdi con modalità differenti da quelle previste dalla normativa** statale.
5. La Provincia ricorrente dà conto dei poteri propri del Garante, e dell'evoluzione della normativa

sovranazionale in tema di certificazione verde, culminata con l'approvazione del regolamento (UE) n. 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19, che darebbe conferma della legittimità delle ordinanze assunte dal Presidente della Giunta provinciale.

Ciò premesso, la Provincia autonoma di Bolzano afferma che i citati provvedimenti del Garante ne abbiano menomato le competenze statutarie, poiché «in forza dell'art. 8 dello Statuto la Provincia autonoma di Bolzano ha competenza legislativa esclusiva nelle [seguenti] materie: ordinamento degli uffici provinciali e del personale a essi addetto (n. l); artigianato (n. 9); fiere e mercati (n. 12); opere di prevenzione e di pronto soccorso per calamità pubbliche (n. 13); comunicazioni e trasporti di interesse provinciale (n. 18); assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione a mezzo di aziende speciali (n. 19); turismo e industria alberghiera (n. 20); agricoltura e foreste (n. 21); assistenza e beneficenza pubblica (n.25); scuola materna (n. 26); addestramento e formazione professionale (n. 29)».

Inoltre, «in forza dell'art. 9 dello stesso Statuto essa ha competenza legislativa concorrente nelle materie: istruzione elementare e secondaria (n. 2); commercio (n. 3); apprendistato (n. 4); spettacoli pubblici per quanto attiene alla pubblica sicurezza (n. 6); esercizi pubblici (n. 7); incremento della produzione industriale (n. 8); igiene e sanità, ivi compresa l'assistenza sanitaria e ospedaliera (n. 10); attività sportive e ricreative (n. 11)».

Sarebbe oggetto di particolare menomazione la sfera di competenza attinente alla tutela della salute, che la Provincia autonoma vanta in forza dell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), tanto più che il servizio sanitario provinciale si autofinanzia, ai sensi dell'art. 34, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica).

Sarebbe, infatti, da escludere che la certificazione verde attenga alla materia di competenza esclusiva dello Stato della profilassi internazionale, «perché il fine della stessa è quello di garantire il diritto fondamentale alla libera circolazione».

6. La Provincia autonoma di Bolzano lamenta, anzitutto, che il Garante abbia ecceduto dalle proprie competenze, in quanto «spetta unicamente al Governo denunciare alla Corte costituzionale eventuali presunte violazioni» del riparto delle attribuzioni costituzionali. Diversamente, il provvedimento del Garante sarebbe fondato «unicamente su asseriti difetti di competenza della Provincia autonoma».

Perciò, gli atti impugnati sarebbero «invasivi perché travalicano i limiti delle funzioni attribuite al Garante per la protezione dei dati personali, posto che non spetta allo stesso […] giudicare sulle competenze della Provincia, potere questo spettante unicamente al Governo in forza del combinato disposto dell'articolo 97 dello Statuto speciale di autonomia e dell'articolo 2 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266».

Gli atti oggetto del conflitto avrebbero così menomato anche la sfera di competenza del Presidente della Provincia, al quale spetta, in base all'art. 52 dello statuto di autonomia, adottare i provvedimenti contingibili e urgenti in materia di sicurezza e di igiene pubblica.

7. Tali ordinanze – aggiunge la Provincia ricorrente – avrebbero attinenza con la competenza regionale che consente di organizzare e disciplinare una rete informativa sulle realtà regionali (viene citata la sentenza di questa Corte n. 271 del 2005).

In altri termini, la Provincia sarebbe titolata, nelle materie di propria competenza, a disciplinare **«procedure e strutture che prevedono il trattamento dei dati personali, purché ciò avvenga nell'integrale** rispetto della legislazione statale sulla loro protezione», come sarebbe accaduto nel

caso di specie, e solo in attesa dell'entrata in vigore della normativa statale.
Perciò, la pretesa del Garante per la protezione dei dati personali di riservare alla legge statale la disciplina della certificazione verde costituirebbe ulteriore ragione di menomazione delle attribuzioni costituzionali della Provincia autonoma di Bolzano.
8. Infine, la Provincia ricorrente contesta che la propria disciplina delle certificazioni verdi, recata dalle ordinanze del Presidente della Giunta, sia suscettibile di violare la normativa sul trattamento dei dati personali.
Infatti, non sarebbe stata creata, a tal fine, «alcuna banca dati ulteriore», né introdotto alcun trattamento di dati aggiuntivo rispetto a quello già gestito dall'azienda sanitaria competente ad attestare guarigione, vaccinazione o effettuazione di un test con esito negativo.
La lettura del certificato verde, in definitiva, non sarebbe un nuovo trattamento dei dati, «considerato che ciò che viene riprodotto, e non salvato, è una sintesi dei dati personali necessari e sufficienti a realizzare le finalità» di tutela della salute rilevanti ai sensi dell'art. 9, paragrafo 2, lettera i), del citato regolamento n. 2016/679/UE, e conformi all'art. 2 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) e all'art. 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche). Tali dati sarebbero limitati alle generalità della persona e all'attestazione dello stato di guarigione, vaccinazione, o esecuzione di test con esito negativo. In ogni caso, l'impiego della certificazione verde è rimesso alla libera scelta dell'interessato, sicché non sarebbe stata perpetrata alcuna discriminazione, o violati i «principi di anonimizzazione e minimizzazione» dei dati personali. Reputando l'opposto, il Garante per la protezione dei dati personali avrebbe ulteriormente ecceduto dalle proprie competenze.
Considerato in diritto
1. Con ricorso depositato il 26 agosto 2021 (reg. confl. enti n. 2 del 2021), la Provincia autonoma di Bolzano ha promosso conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri per l'annullamento, previa dichiarazione di non spettanza del potere, del provvedimento 18 giugno 2021, n. 244 (Provvedimento di limitazione definitiva in merito ai trattamenti previsti dalla Provincia autonoma di Bolzano in tema di certificazione verde per Covid-19 - 18 giugno 2021), del Garante per la protezione dei dati personali e della nota prot. n. 0035891 del 6 luglio 2021, adottata dalla medesima autorità.
Con tali atti il Garante per la protezione dei dati personali ha inciso sulla regolamentazione dell'impiego, nel territorio provinciale, delle certificazioni verdi configurate dall'art. 9 del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 (Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da Covid-19), convertito, con modificazioni, in legge 17 giugno 2021, n. 87, e poi disciplinate con due ordinanze contingibili e urgenti del Presidente della Giunta provinciale.
In particolare, l'art. 9 del d.l. n. 52 del 2021 ha introdotto nell'ordinamento le certificazioni verdi COVID-19, comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione, o guarigione dal SARS CoV-2, o l'esecuzione di un test volto a rilevare l'eventuale positività al virus. Si è poi demandato ad un d.P.C.M., da emanare sentito il Garante, la individuazione delle specifiche tecniche per assicurare la gestione del cosiddetto green pass, mediante la Piattaforma nazionale-DGC.
Fin dal 23 aprile 2021, il Presidente della Giunta, nell'esercizio del potere assegnatoli dall'art. 52, secondo comma, del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), ha adottato l'ordinanza contingibile e urgente 23 aprile 2021, n. 20, recante «Ulteriori misure urgenti per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», avente efficacia fino al 31 luglio successivo, con la

quale, in particolare, ha stabilito che la certificazione verde fosse requisito per l'accesso a numerosi luoghi, servizi e attività, e ne ha affidato la più compiuta regolamentazione a «specifici protocolli emanati dall'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige o dalle altre autorità sanitarie» (punto 47).
È poi seguita l'ordinanza 21 maggio 2021, n. 23, anch'essa recante «Ulteriori misure urgenti per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», con la quale, nel ribadire tale ultima previsione, si è aggiunto che l'esibizione del green pass è richiesta dagli esercenti le attività per le quali essa è prevista (punto 46).
Il Garante, sulla base del convincimento che la disciplina della certificazione verde, in quanto implicante un trattamento dei dati personali ai sensi del regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, possa essere recata solo da una uniforme disciplina statale, con gestione per mezzo della citata Piattaforma nazionale-DGC, ha imposto alla Provincia autonoma – con provvedimento n. 244 del 2021 (adottato ai sensi dell'art. 58, paragrafo 2, lettera f), del reg. n. 2016/679/UE) – la limitazione definitiva dei trattamenti relativi all'utilizzo del green pass, eseguiti in forza delle appena citate ordinanze del Presidente della Giunta provinciale.
Con nota del 6 luglio 2021, il Garante per la protezione dei dati personali ha poi ribadito, anche con riguardo alla Provincia autonoma di Bolzano, la necessità che l'impiego della certificazione verde sia regolamentato dalla sola legge statale, e ha diffidato dall'adottare o dal dare attuazione in tale materia ad iniziative territoriali per finalità ulteriori e con modalità difformi.
2. Entrambi tali ultimi atti del Garante sono reputati dalla Provincia ricorrente lesivi delle proprie attribuzioni statutarie, indicate dall'art. 8 dello statuto di autonomia, con riferimento all'ordinamento degli uffici provinciali e del personale a essi addetto (numero l); all'artigianato (numero 9); alle fiere e mercati (numero 12); alle opere di prevenzione e di pronto soccorso per calamità pubbliche (numero 13); alle comunicazioni e trasporti di interesse provinciale (numero 18); all'assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione a mezzo di aziende speciali (numero 19); al turismo e industria alberghiera (numero 20); all'agricoltura e foreste (numero 21); all'assistenza e alla beneficenza pubblica (numero 25); alla scuola materna (numero 26); all'addestramento e alla formazione professionale (numero 29).
Sarebbero state compresse anche le competenze indicate dall'art. 9 del richiamato statuto speciale, ovvero l'istruzione elementare e secondaria (numero 2); il commercio (numero 3); l'apprendistato (numero 4); gli spettacoli pubblici per quanto attiene alla pubblica sicurezza (numero 6); esercizi pubblici (numero 7); l'incremento della produzione industriale (numero 8); l'igiene e la sanità, ivi compresa l'assistenza sanitaria e ospedaliera (numero 10); l'attività sportive e ricreative (numero 11).
Peraltro, la Provincia ricorrente, quanto alla competenza in tema di igiene e sanità, precisa che ad essa spetta la più favorevole competenza assegnata alle Regioni dall'art. 117, terzo comma, della Costituzione, in materia di tutela della salute, in forza dell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione).
La menomazione di un così vasto fascio di attribuzioni deriverebbe dal fatto che l'impiego del green pass, quale condizione per accedere a servizi e attività, finisce per intersecare tali ultimi oggetti, sicché il divieto di disciplinare a livello locale la certificazione verde sottrae la regolamentazione di queste materie alla Provincia autonoma.
Quest'ultima, invece, avrebbe titolo per disciplinare l'impiego del *green pass* a livello locale, oltre che in forza delle proprie attribuzioni in materia di tutela della salute, anche nell'ambito dell'organizzazione di una rete informativa sulle realtà regionali; prerogativa riconosciuta da questa Corte alla autonomia regionale con la sentenza n. 271 del 2005. A ciò si aggiungerebbe un conferimento

di competenza in forza del diritto dell'Unione, ed in particolare del regolamento (UE) n. 2021/953 del Parlamento e del Consiglio, del 14 giugno 2021, su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19. Inoltre, in ragione del carattere urgente dell'intervento provinciale in materia di igiene pubblica, il Garante avrebbe menomato anche l'attribuzione del Presidente della Giunta provinciale di adottare ordinanze contingibili e urgenti nell'interesse delle popolazioni di due o più Comuni, prevista dall'art. 52, secondo comma, dello statuto di autonomia.

3. Ciò premesso in punto di riparto delle competenze, la parte ricorrente contesta, sia che il Garante possa menomarne l'esercizio, imponendo una limitazione definitiva al trattamento di dati che finisce per vanificare l'effettiva applicazione della normativa provinciale in tema di certificazione verde, sia che il Garante possa sostituirsi al Governo della Repubblica nell'esercizio delle attribuzioni proprie solo di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 97 dello statuto di autonomia e dell'art. 2 del decreto legislativo 16 marzo 1992 n. 266 (Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra gli atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento), in punto di impugnativa della legislazione provinciale innanzi a questa Corte.

Sempre secondo il ricorrente, non spetterebbe in nessun caso al Garante per la protezione dei dati personali, sotto tale profilo, affermare che la regolamentazione del *green pass* competa alla sola normativa statale.

Aggiunge altresì che sarebbero erronee le ulteriori considerazioni svolte negli atti oggetto del conflitto, in riferimento al fatto che la disciplina provinciale della certificazione verde costituisca un trattamento di dati personali senza assicurare il rispetto dei principi di esattezza e di integrità e riservatezza dei dati trattati; ciò in difformità dal d.P.C.m. 17 giugno 2021 (Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante «Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19»), con il quale si è disciplinata la Piattaforma nazionale-DGC, in attuazione dell'art. 9, comma 10, del d.l. n. 52 del 2021.

4. Anzitutto va precisato che le ordinanze contingibili e urgenti, sulle quali hanno inciso gli atti oggetto di conflitto, hanno previsto di esaurire la propria efficacia al 31 luglio 2021.

Prima ancora, peraltro, la Provincia autonoma di Bolzano ha integralmente recepito la normativa statale in tema di *green pass* contenuta nel richiamato d.l. n. 52 del 2021 e nel d.P.C.m. 17 giugno 2021, per mezzo della delibera di Giunta 29 giugno 2021, n. 571, recante «Modifiche all'allegato A della legge provinciale dell'8.05.2020, n. 4), da ultimo aggiornato con deliberazione della Giunta provinciale n. 549 del 22.06.2021», che ha interpolato in tal senso il punto II-C dell'Allegato A alla legge della Provincia autonoma di Bolzano 8 maggio 2020, n. 4 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nella fase di ripresa delle attività).

Tali circostanze non incidono, tuttavia, sul persistente interesse alla decisione del presente conflitto, in quanto finalizzato all'accertamento del riparto costituzionale delle attribuzioni, per porre fine ad una situazione di incertezza in ordine a quest'ultimo (*ex plurimis*, sentenza n. 255 del 2019).

5. Gli atti impugnati possono quindi divenire oggetto di un conflitto intersoggettivo, in quanto il Garante per la protezione dei dati personali, pur nella «peculiare collocazione» che connota le autorità indipendenti, conserva carattere nazionale (sentenza n. 88 del 2009, con riferimento all'Autorità per l'energia elettrica e il gas) e in tale qualità esercita anche nei confronti delle autonomie regionali e speciali funzioni attribuibili alla sfera di competenza esclusiva dello Stato in tema di ordinamento civile,

ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. (sentenze n. 177 del 2020 e n. 271 del 2005). Sulla base di tale presupposto, peraltro, questa Corte ha già riconosciuto che il conflitto di attribuzione può vertere su atti adottati dalla Banca d'Italia (sentenze n. 17 del 2020 e n. 102 del 1995) e dall'Ordine professionale degli esercenti le professioni sanitarie (sentenza n. 259 del 2019), in quanto, ai fini del conflitto, lo Stato viene in rilievo «non come persona giuridica, bensì come sistema ordinamentale (sentenza n. 72 del 2005) complesso e articolato, costituito da organi, con o senza personalità giuridica, ed enti distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporto di strumentalità in vista dell'esercizio, in forme diverse, di tipiche funzioni statali» (sentenza n. 31 del 2006).

6. Nel merito, il conflitto non è fondato.

L'art. 58, paragrafo 2, lettera f), del regolamento n. 2016/679/UE attribuisce alle «autorità di controllo» di tutti gli Stati membri – e quindi, per l'Italia, al Garante per la protezione dei dati personali – il potere di **«imporre una limitazione provvisoria o definitiva del trattamento [dei dati personali], incluso il divieto di** trattamento». È sulla base di questa disposizione che il Garante ha adottato il provvedimento 18 giugno 2021, n. 244, oggetto del presente conflitto, con il quale ha imposto alla Provincia autonoma di Bolzano e all'Azienda sanitaria dell'Alto Adige la limitazione definitiva dei trattamenti relativi all'utilizzo delle certificazioni verdi effettuati in attuazione delle citate ordinanze del Presidente della Provincia autonoma di Bolzano.

Nel caso concreto, pertanto, non si ravvisa l'esercizio, da parte del Garante, di «un potere radicalmente diverso da quello attribuito dalla legge» (sentenze n. 164 del 2021, n. 255 del 2019, n. 10 del 2017, n. 260 e n. 104 del 2016), bensì il puntuale esercizio di un potere specificamente attribuito allo stesso da un atto dell'Unione direttamente applicabile nell'ordinamento italiano. La limitazione delle competenze regionali o provinciali che ne dovesse conseguire troverebbe fondamento e giustificazione direttamente nel diritto dell'Unione europea, nella misura in cui il provvedimento del Garante sia stato adottato in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti stabiliti dal regolamento n. 2016/679/UE, la cui verifica è affidata, nell'ordinamento italiano, al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 152 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE).

Analoghe considerazioni valgono con riferimento al secondo provvedimento oggetto del conflitto – la nota prot. n. 0035891 del 6 luglio 2021, con la quale il Garante ha rappresentato alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano la necessità di soprassedere dall'adottare o dal dare attuazione ad iniziative territoriali che prevedano l'uso delle certificazioni verdi per finalità ulteriori e con modalità difformi rispetto a quelle espressamente previste dalla legge statale – riconducibile al potere conferito al Garante dall'art. 58, paragrafo 2, lettera a), del citato regolamento n. 2016/679/UE di rivolgere avvertimenti al titolare o al responsabile del trattamento sul fatto che gli stessi possono verosimilmente violare le disposizioni del medesimo regolamento.

7. Per altro verso, giova sottolineare che la disciplina del *green pass* è estranea all'ambito di competenze poste dalla ricorrente alla base del conflitto.

Questa Corte ha già affermato che va ricondotta alla competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), «ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla», poiché non vi può essere in definitiva alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamen-

te stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad esercitare la relativa funzione ammnistrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo (sentenza n. 37 del 2021).
Non vi è dubbio che la certificazione verde abbia la finalità di limitare la diffusione del contagio, consentendo l'interazione tra persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico solo se quest'ultime, in quanto vaccinate, guarite, o testate con esito negativo al COVID-19, si offrano a vettori della malattia con un minor tasso di probabilità.
A fronte di tale obiettivo, la competenza provinciale in tema di tutela della salute è recessiva (sentenza n. 37 del 2021).
Tantomeno la Provincia autonoma di Bolzano può a buon titolo appellarsi al margine di intervento riconosciuto alla autonomia regionale dalla sentenza n. 271 del 2005 di questa Corte. Tale margine di intervento non è configurato con riguardo alla attribuzione di «organizzare e disciplinare a livello regionale una rete informativa sulle realtà regionali», sia perché essa presuppone a monte che tale intervento avvenga con riferimento a «materie di propria competenza legislativa», ciò che nel caso di specie si è già negato essere, sia perché è evidente che la gestione dei dati che ineriscono ad una pandemia sanitaria globale trascende nettamente il respiro della sfera decentrata, per esigere, invece, una uniforme disciplina statale.
Entro tali coordinate, è meramente indiretto l'effetto di compressione che il *green pass* può produrre, quanto alle ulteriori competenze statutarie dedotte con il ricorso; e ciò nel senso che la certificazione verde non ha per oggetto queste ultime, ma le condizioni di profilassi internazionale che impongono, per ragioni sanitarie, limitazioni all'accesso ad attività e servizi normati dalla legislazione provinciale.
La sentenza n. 37 del 2021 ha aggiunto che tali conclusioni valgono anche con riguardo all'esercizio del potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia sanitaria. Del resto, l'art. 52, secondo comma, dello statuto di autonomia, attribuendo al Presidente della Giunta un potere emergenziale «nell'interesse delle popolazioni di due o più Comuni», conferma, in accordo con il limite territoriale, che si tratta di un'attribuzione calibrata su crisi sanitarie di carattere non pandemico o comunque i cui effetti possano ancora reputarsi circoscritti a tale ambito limitato; mentre, nel caso del nuovo coronavirus, è palese il carattere globale della pandemia, e, quindi, la necessità di interventi assunti dalla competente autorità centrale.
8. Né può ritenersi che, in tema di *green pass*, le attribuzioni costituzionali e statutarie della Provincia autonoma di Bolzano trovino aggancio in «fonti di rango sub-costituzionale».
Difatti, l'art. 9, comma 10-bis, del d.l. n. 52 del 2021, come convertito, stabilisce che «[o]gni diverso o nuovo utilizzo delle certificazioni verdi COVID-19 è disposto esclusivamente con legge dello Stato», così confermando espressamente, con previsione aggiunta in sede di conversione in legge, quanto già deducibile dal comma 10 precedente, che affida la regolamentazione della richiamata Piattaforma nazionale-DGC ad un d.P.C.m., per la cui adozione non è neppure previsto che sia coinvolto il sistema delle autonomie regionali.
Inoltre, va escluso che l'intervento provinciale sulla certificazione verde possa trovare supporto nell'art. 1, comma 16, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 (Ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 14 luglio 2020, n. 74, che ammette l'introduzione, da parte delle Regioni e a rigorose condizioni, delle sole misure derogatorie restrittive descritte – in conformità al principio di legalità in senso sostanziale (sentenza n. 198 del 2021) – dall'art. 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 27 maggio 2020, n. 35.

9. Ne consegue che l'affermazione posta a base dell'odierno conflitto, secondo la quale il Garante avrebbe menomato l'esercizio di una competenza costituzionale o statutaria della Provincia autonoma, limitando il trattamento dei dati personali legato al *green pass*, non ha fondamento. Ciò comporta il rigetto del ricorso, perché la Provincia «non è titolare di attribuzione proprie in tale ambito» (sentenza n. 196 del 2009).
10. Infine, la Provincia ricorrente lamenta che gli atti oggetto del conflitto si porrebbero in contrasto con l'art. 97 dello statuto di autonomia e con l'art. 2 del d.lgs. n. 266 del 1992, perché con essi il Garante, affermando che la disciplina della certificazione verde compete alla sola normativa statale, si sarebbe surrogato al Governo della Repubblica impugnando la legislazione provinciale innanzi a questa Corte e così menomando l'autonomia speciale.
Per tale verso, il conflitto va rigettato anche in ragione della inidoneità dei parametri indicati a sorreggere la censura. Essi si riferiscono al promovimento, da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, di questioni di legittimità costituzionale vertenti sulle leggi della Provincia autonoma di Bolzano, mentre, nel caso di specie, il Garante ha esercitato i poteri che gli competono su due ordinanze contingibili e urgenti del Presidente della Giunta, per di più relative ad un oggetto ignoto alla legislazione provinciale (è evidente l'estraneità della certificazione verde al contenuto della legge prov. Bolzano n. 4 del 2020, erroneamente richiamata dalla ricorrente, il cui Allegato II-C, nel testo anteriore alle delibere di Giunta afferenti al *green pass*, si limitava a istituire la cosiddetta «*Covid protected area*»).
D'altro canto, la contestata affermazione del Garante per la protezione dei dati personali, in ordine alla necessità che la certificazione verde poggi sulla sola normativa statale, intende limitarsi ad un giudizio di esorbitanza degli atti provinciali rispetto alle attribuzioni statutarie; peraltro, quale mero riflesso di una valutazione attinente a profili di omogeneità del trattamento, in relazione alla esattezza, alla integrità e alla riservatezza dei dati trattati.
Non è perciò ravvisabile, anche nel caso concreto, l'esercizio, da parte del Garante, di un potere radicalmente diverso da quello attribuito dalla legge (sentenze n. 164 del 2021, n. 255 del 2019, n. 10 del 2017, n. 260 e n. 104 del 2016).
11. In conclusione, spetta allo Stato, e per esso al Garante per la protezione dei dati personali, limitare in via definitiva il trattamento dei dati connessi all'impiego della certificazione verde a livello provinciale, tanto più che la Provincia autonoma di Bolzano non vanta alcuna attribuzione costituzionale e statutaria in tale materia.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara che spetta allo Stato, e per esso al Garante per la protezione dei dati personali, adottare il provvedimento 18 giugno 2021, n. 244 (Provvedimento di limitazione definitiva in merito ai trattamenti previsti dalla Provincia autonoma di Bolzano in tema di certificazione verde per Covid 19 - 18 giugno 2021) e la nota 6 luglio 2021, prot. n. 0035891, con le quali, rispettivamente, si è limitato in via definitiva il trattamento dei dati personali connesso alla certificazione verde, come regolato dalle ordinanze del Presidente della Giunta della Provincia autonoma di Bolzano 23 aprile 2021, n. 20 e 21 maggio 2021, n. 23, e si è invitata la medesima Provincia autonoma a non introdurre un uso delle certificazioni verdi COVID-19 difforme da quello previsto dalla legge statale.
Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 maggio 2022.

dalla Gazzetta Ufficiale

OTTOBRE 2022 – NOVEMBRE 2022

DECRETO PRESIDENTE
DELLA REPUBBLICA
23 settembre 2022, n. 177

Regolamento recante disciplina del registro unico telematico e disposizioni di semplificazione in materia di cessazione dalla circolazione dei veicoli fuori uso

(G.U. 21 novembre 2022, n. 272)

DECRETO MINISTERO DELLA
TRANSIZIONE ECOLOGICA
20 settembre 2022, n. 178

Regolamento di attuazione dell'articolo 1-ter del decreto-legge 14 ottobre 2019, n. 111, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 dicembre 2019, n. 141, concernente il «Programma #iosonoAmbiente»

(G.U. 21 novembre 2022, n. 272)

DECRETO DEL PRESIDENTE
DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI
MINISTRI
10 agosto 2022

Riparto del contributo di 100 milioni di euro di cui al Fondo per l'assistenza all'autonomia e alla comunicazione degli alunni con disabilita' per l'anno 2022 in favore delle regioni a statuto ordinario, che provvedono ad attribuirlo alle province e alle citta' metropolitane che esercitano le funzioni relative all'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con disabilita' fisiche o sensoriali

(G.U. 21 novembre 2022, n. 272)

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL
CONSIGLIO DEI MINISTRI
16 maggio 2022

Adozione della nota metodologica relativa alla revisione della metodologia dei fabbisogni standard dei comuni delle regioni a statuto ordinario per il servizio asili nido ed aggiornamento dei dati relativi al fabbisogno standard complessivo per ciascun comune delle regioni a statuto ordinario per l'anno 2022.

(G.U. 18 novembre 2022, n. 270)

DECRETO LEGGE
18 novembre 2022, n. 176

Misure urgenti di sostegno nel settore energetico e di finanza pubblica.

(G.U. 18 novembre 2022, n. 270)

DECRETO MINISTERO
DELL'INTERNO
23 settembre 2022

Riparto del fondo di 20 milioni di euro, per l'anno 2022, alle province e citta' metropolitane delle regioni a statuto ordinario, della Regione Siciliana e della Regione Sardegna, ad esclusione della Citta' metropolitana di Roma Capitale, in relazione alla riduzione del gettito di IPT e RC Auto.

(G.U. 18 novembre 2022, n. 270)

DECRETO MINISTERO
DELL'INTERNO
18 ottobre 2022

Aggiornamento della piattaforma di funzionamento dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente per l'erogazione dei servizi resi disponibili ai comuni per l'utilizzo dell'Archivio nazionale informatizzato dei registri dello stato civile.

(G.U. 17 novembre 2022, n. 269)

LEGGE
17 novembre 2022, n. 175

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, recante ulteriori misure urgenti in materia di politica energetica nazionale, produttività delle imprese, politiche sociali e per la realizzazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

(G.U. 17 novembre 2022, n. 269)

DECRETO MINISTERO
DELLA SALUTE
29 settembre 2022

Assegnazione delle risorse a valere sul Fondo finalizzato al rilancio degli investimenti delle amministrazioni centrali dello Stato e allo sviluppo del Paese.

(G.U. 16 novembre 2022, n. 268)

DECRETO MINISTERO
DELL'INTERNO
17 ottobre 2022

Modalità di integrazione nell'ANPR delle liste elettorali e dei dati relativi all'iscrizione nelle liste di sezione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 20 marzo 1967, n. 223.

(G.U. 15 novembre 2022, n. 267)

DECRETO DEL PRESIDENTE
DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI
MINISTRI
22 settembre 2022

Ripartizione delle risorse del «Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunita'» - Annualita' 2022.

(G.U. 10 novembre 2022, n. 263)

DECRETO PRESIDENZA DEL
CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIP. PER
LA TRASFORMAZIONE DIGITALE
13 settembre 2022

Assegnazione di risorse al Fondo per la Repubblica digitale

(G.U. 8 novembre 2022, n. 261)

DECRETO MINISTERO
DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE
31 ottobre 2022

Regioni a statuto ordinario - Contributi dovuti all'ARAN per l'anno 2023

(G.U. 8 novembre 2022, n. 261)

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
1 settembre 2022, n. 166

Regolamento recante le procedure per la stipula di contratti di appalti di lavori, servizi e forniture per le attività dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico.

(G.U. 4 novembre 2022, n. 258)

DECRETO MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI
2 settembre 2022

Opzione per il mantenimento o meno dell'iscrizione alla cassa previdenziale di appartenenza per i professionisti assunti a tempo determinato dalla pubblica amministrazione.

(G.U. 2 novembre 2022, n. 256)

ORDINANZA MINISTERO DELLA SALUTE
31 ottobre 2022

Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'epidemia da COVID-19 concernenti l'utilizzo dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie.

(G.U. 31 ottobre 2022, n. 255)

DECRETO LEGGE
31 ottobre 2022, n. 162

Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonche' in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali.

(G.U. 31 ottobre 2022, n. 255)

ORDINANZA PRESIDENZA CONS. MIN. - DIP. PROTEZIONE CIVILE
20 ottobre 2022, n. 937

Ulteriori disposizioni urgenti di protezione civile per assicurare, sul territorio nazionale, l'accoglienza, il soccorso e l'assistenza alla popolazione in conseguenza degli accadimenti in atto nel territorio dell'Ucraina.

(G.U. 28 ottobre 2022, n. 253)

DECRETO LEGISLATIVO
3 ottobre 2022, n. 159

Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia in materia di contratti pubblici.

(G.U. 27 ottobre 2022, n. 252)

DECRETO MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA MOBILITÀ SOSTENIBILI
5 settembre 2022

Disciplina dei dispositivi countdown da applicare ai semafori stradali.

(G.U. 27 ottobre 2022, n. 252)

DECRETO MINISTERO DELLE POLITICHE AGRICOLE ALIMENTARI E FORESTALI
5 agosto 2022

Disposizioni necessarie all'attuazione della misura PNRR «Sviluppo logistica per i settori agroalimentare, pesca e acquacoltura, silvicoltura, floricoltura e vivaismo, tramite miglioramento della capacita' logistica dei mercati agroalimentari all'ingrosso».

(G.U. 27 ottobre 2022, n. 252)

DECRETO PRESIDENZA CONS. MIN. - DIP. PER LA PUBBLICA AMM. E INNOVAZIONE
28 luglio 2022

Individuazione delle delegazioni sindacali che partecipano ai procedimenti negoziali per la definizione degli accordi per il triennio 2022-2024 riguardante il personale non direttivo e non dirigente ed il personale direttivo e dirigente del Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

(G.U. 26 ottobre 2022, n. 251)

ORDINANZA PRESIDENZA CONS. MIN. - DIP. PROTEZIONE CIVILE
13 ottobre 2022

Disposizioni operative per l'attivazione dell'istruttoria finalizzata alla concessione di contributi a favore dei soggetti privati e dei titolari delle attivita' economiche e produttive, ai sensi dell'articolo 1, comma 448, della legge 30 dicembre 2021, n. 234, in relazione agli eventi calamitosi verificatisi negli anni 2019 e 2020.

(G.U. 22 ottobre 2022, n. 248)

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
1 settembre 2022

Modalità e termini per assicurare il trasferimento delle funzioni, dei beni strumentali e della documentazione dall'Agenzia per l'Italia digitale e dal Dipartimento per la trasformazione digitale all'Agenzia per la cybersicurezza nazionale.

(G.U. 20 ottobre 2022, n. 246)

DECRETO MINISTERO DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA
27 settembre 2022, n. 152

Regolamento che disciplina la cessazione della qualifica di rifiuto dei rifiuti inerti da costruzione e demolizione e di altri rifiuti inerti di origine minerale, ai sensi dell'articolo 184-ter, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

(G.U. 20 ottobre 2022, n. 246)

DECRETO LEGISLATIVO
10 ottobre 2022, n. 149

Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonche' in materia di esecuzione forzata.

(G.U. 17 ottobre 2022, n. 243)

DECRETO LEGISLATIVO
10 ottobre 2022, n. 151

Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134.

(G.U. 17 ottobre 2022, n. 243)

DECRETO LEGISLATIVO
10 ottobre 2022, n. 150

Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonche' in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

(G.U. 17 ottobre 2022, n. 243)

DECRETO PRESIDENZA CONS. MIN. - DIP. FUNZIONE PUBBLICA
29 agosto 2022

Attuazione del subinvestimento 2.2.1 «Assistenza tecnica a livello centrale e locale del PNRR».

(G.U. 14 ottobre 2022, n. 241)

DECRETO MINISTERO DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA
30 settembre 2022

Prescrizioni per la posa in opera degli impianti di produzione di calore da risorsa geotermica, destinata al riscaldamento e alla climatizzazione di edifici e misure di semplificazione per l'installazione dei predetti impianti.

(G.U. 14 ottobre 2022, n. 241)

DECRETO MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI
26 settembre 2022

Attribuzione all'Inps, per l'anno 2022, di risorse a valere sul Fondo per il diritto al lavoro dei disabili.

(G.U. 14 ottobre 2022, n. 266)

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
1 giugno 2022

Istituzione dell'Anagrafe nazionale degli assistiti (ANA).

(G.U. 13 ottobre 2022, n. 240)

DECRETO MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE
24 agosto 2022

Modifiche alla tabella A allegata al decreto 6 agosto 2021, recante: «Assegnazione delle risorse finanziarie previste per l'attuazione degli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e ripartizione di traguardi e obiettivi per scadenze semestrali di rendicontazione» e successive modificazioni e integrazioni.

(G.U. 13 ottobre 2022, n. 240)

DECRETO MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE
28 settembre 2022

Disposizioni in materia di possibile esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto per gravi violazioni in materia fiscale non definitivamente accertate.

(G.U. 12 ottobre 2022, n. 239)

DECRETO MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA MOBILITÀ SOSTENIBILI
23 agosto 2022

Disposizioni per lo sviluppo della mobilita' in bicicletta e la realizzazione della rete nazionale di percorribilita' ciclistica.

(G.U. 12 ottobre 2022, n. 239)

DECRETO PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
29 luglio 2022

Riparto e modalita' per l'utilizzazione delle risorse del Fondo per l'inclusione delle persone con disabilità.

(G.U. 10 ottobre 2022, n. 237)

ORDINANZA PRESIDENZA CONS. MIN. - DIP. PROTEZIONE CIVILE
3 ottobre 2022, n. 927

Ulteriori disposizioni urgenti di protezione civile per assicurare, sul territorio nazionale, l'accoglienza, il soccorso e l'assistenza alla popolazione in conseguenza degli accadimenti in atto nel territorio dell'Ucraina.

(G.U. 8 ottobre 2022, n. 236)

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
7 luglio 2022

Approvazione del programma di misure per il conseguimento ed il mantenimento del buono stato ambientale.

(G.U. 7 ottobre 2022, n. 235)

DECRETO MINISTERO DELL'INTERNO
8 settembre 2022

Modalità di impiego della carta di identità elettronica.

(G.U. 5 ottobre 2022, n. 233)

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
4 agosto 2022

Modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 6 aprile 2022 - Riconoscimento degli incentivi per l'acquisto di veicoli non inquinanti.

(G.U. 4 ottobre 2022, n. 232)

DECRETO PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIP. PER LA TRASFORMAZIONE DIGITALE
8 agosto 2022

Assegnazione di risorse territorializzabili riconducibili alla linea di attivita' M6C2 1.3.1(b) «Adozione e utilizzo FSE da parte delle regioni» nell'ambito dell'investimento PNRR M6C2 1.3.

(G.U. 4 ottobre 2022, n. 232)

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
4 agosto 2022

Attuazione del Fondo «Riconversione, ricerca e sviluppo del settore automotive» - Incentivi per l'acquisto di veicoli non inquinanti.

(G.U. 4 ottobre 2022, n. 232)

circolari & pareri

MINISTERO DELL'INTERNO
parere del 4 novembre 2022

Determinazione compenso, rettifica dopo la nomina

Si fa riferimento alla nota con la quale una Prefettura chiede l'orientamento ministeriale sulla questione rappresentata dal Segretario generale di un comune. In particolare, nella nota si riferisce che l'organo di revisione del comune è stato nominato con delibera consiliare del 2021 nella quale è stato confermato il compenso attribuito al precedente organo. Detto compenso è stato fissato nella misura dell'importo massimo spettante agli enti della fascia demografica precedente (€10.150,00) arrotondato per eccesso a €10.500,00, aumentato del 50% al Presidente. Non viene precisato se tale importo sia stato indicato e concordato con i revisori nella fase propedeutica alla nomina, relativa all'accettazione dell'incarico conseguente al sorteggio, ovvero sia venuto a loro conoscenza solo dopo la delibera e, nel caso, con quale atto sia stato formalizzato ed accettato il relativo incarico. Infatti, si ritiene che anche la determinazione del compenso sia tra gli elementi che vanno espressamente comunicati al revisore ai fini della sua decisione in merito all'accettazione o meno dell'incarico. Di conseguenza, si deve dedurre che, almeno inizialmente ci sia stata, quantomeno, una tacita accettazione da parte dei revisori del compenso offerto dall'ente. Dopo pochi mesi dalla nomina, il collegio di revisione ha eccepito l'erroneità dell'iter logico seguito dall'ente chiedendo l'applicazione del compenso massimo della fascia demografica di appartenenza del comune pari ad €12.890,00. Il Segretario generale del comune chiede, quindi, se il compenso determinato nella delibera di nomina del collegio sia conforme alla normativa e al principio dell'equo compenso e se sia possibile procedere ad una variazione dello stesso durante il triennio dell'incarico. In via preliminare, occorre precisare che l'Ufficio ministeriale può essere chiamato a pronunciarsi, essendo la materia di stretta pertinenza alle proprie funzioni, a titolo puramente collaborativo fornendo una riflessione in base alla quale l'ente locale, nella propria autonomia decisionale, potrà procedere alle proprie determinazioni. Il comma 7 dell'articolo 241 del testo unico n.267 del 2000 prevede che "l'ente locale stabilisce il compenso spettante ai revisori con la stessa delibera di nomina", rimettendo, in definitiva, la determinazione dell'emolumento in parola alla discrezionalità e alla responsabilità dell'organo politico al quale compete, ai sensi dell'articolo 234 del testo unico, la nomina dell'Organo di revisione. Per quanto riguarda la determinazione del compenso dell'Organo di revisione economico-finanziaria, l'articolo 241, comma 1, del testo unico rimanda al decreto interministeriale la fissazione dei limiti massimi del compenso base spettante ai revisori. Con decreto interministeriale del 21 dicembre 2018, dopo anni di blocchi normativi all'aumento dei compensi negli enti locali, è stato possibile adeguare le tabelle, fino ad allora in vigore previste con precedente decreto del 2005, in considerazione, come riportato nel decreto stesso, "che le funzioni del revisore contabile nell'ultimo decennio sono esponenzialmente aumentate alla luce della legislazione della finanza pubblica e che questo impone l'adeguamento dei compensi base, anche per rispettare i principi sull'equo compenso, di cui all'articolo 13-*bis* della legge 31 dicembre 2012, n.247". Il preciso richiamo all'equo compenso, introdotto per i forensi e poi esteso a tutti, nasce dalla necessità di garantire la qualità e l'affidabilità dei lavori richiesti al professionista in relazione al dettato del comma 3 dell'articolo 19-quaterdecies, del d.l. n.148 del 2017 che ha precisato che "La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.". Il predetto comma 1 dell'articolo 241 delega a una norma di rango secondario la determinazione dei soli limiti massimi del compenso base spettante ai revisori dei conti, prendendo quali parametri oggettivi di riferimento la classe demografica e le spese di funzionamento e di investimento dell'ente locale. La disciplina in vigore, per contro, non fissa espressamente un limite minimo, esponendo quindi il revisore, in alcuni contesti, a offerte di remunerazione in misura oggettivamente incongrua, rispetto alla delicatezza della funzione cui è chiamato, oltre che inadeguata a garantire gli elevati standard di diligenza e professionalità richiesti dalla complessità dell'incarico, con il rischio di comprometterne l'efficienza a detrimento dell'interesse pubblico tutelato e al principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione fissato anche dall'articolo 97 della Costituzione. Fattispecie quest'ultima che non si appalesa nel caso in trattazione essendo stato deliberato un compenso minimo che di base può essere ritenuto congruo, come di seguito precisato.

Per cercare di colmare tale vuoto normativo, l'Osservatorio sulla finanza e contabilità degli enti locali del Ministero dell'interno, con atto di orientamento del 13 luglio 2017, *ex* articolo 154 comma 2, del testo unico n.267 del 2000, ha precisato che i limiti minimi al compenso vadano considerati coincidenti – nel silenzio del legislatore – con il limite massimo della fascia demografica immediatamente inferiore. Ne consegue che la scelta del Consiglio comunale di applicare un compenso leggermente superiore al massimo della fascia precedente sia conforme all'orientamento ministeriale. In sede di determinazione della misura dei compensi unitamente alla nomina, detto consesso ha assunto le proprie decisioni tenendo evidentemente conto dei nuovi tetti fissati dal decreto interministeriale vigente ma scegliendo di restare al di sotto del limite massimo previsto. In via generale, si ritiene si debba escludere la facoltà per gli enti locali di adeguare il compenso, in corso di rapporto, qualora non sia intervenuta una modifica normativa o non si sia verificato un palese errore nella determinazione dell'importo spettante Ciò proprio per evitare che durante il triennio si possano verificare variazioni incrementali del compenso che determinerebbero maggiori oneri a carico del bilancio a discapito dell'indipendenza dell'organo di revisione che potrebbe essere in tal modo posto in condizione di "riconoscenza" verso il proprio controllato. Dalla lettura della delibera di nomina dell'attuale organo e di quello precedente, non si evince l'applicazione delle maggiorazioni previste dall'articolo 1 del citato decreto interministeriale del 21 dicembre 2018: "*a)* sino ad un massimo del 10 per cento per gli enti locali la cui spesa corrente annuale pro-capite desumibile dall'ultimo bilancio preventivo approvato, sia superiore alla media nazionale per fascia demografica di cui alla tabella B, allegata al presente decreto; *b)* sino ad un massimo del 10 per cento per gli enti locali la cui spesa per investimenti annuale pro-capite, desumibile dall'ultimo bilancio preventivo approvato, sia superiore alla media nazionale per fascia demografica di cui alla tabella C". Si ricorda, al riguardo, che gli orientamenti pressoché unanimi delle varie sezioni regionali della Corte dei Conti hanno precisato che resta in capo al Consiglio Comunale la verifica delle condizioni previste per l'applicazione delle maggiorazioni e, ove sussistenti, applicarle entro il limite massimo del 10%, cumulabili tra di loro. In conclusione, non si ritiene possibile, come più volte ribadito anche dalla giurisprudenza contabile, procedere a rideterminare i compensi dei revisori stabiliti nella delibera di nomina intervenuta successivamente all'entrata in vigore del d.m. 21 dicembre 2018, mancando la previsione normativa di limiti minimi garantiti, qualora i relativi importi risultino rispondenti ai requisiti di congruità e di adeguatezza. L'ente, potrebbe, invece, valutare la possibilità di applicare le maggiorazioni di cui al decreto interministeriale ministeriale 21 dicembre 2018, laddove spettanti, se non computate nella delibera di nomina per mero errore o dimenticanza.

MINISTERO DELL'INTERNO
parere del 9 novembre 2022

Richiesta di accesso dei consiglieri comunali alle posizioni contributive IMU eTARI

Un È stato formulato un quesito in materia di accesso agli atti dei consiglieri comunali ai sensi dell'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000. In particolare, è stato chiesto se sia ostensibile al consigliere comunale, che ha presentato istanza di accesso, l'elenco dei contribuenti, relativo alle posizioni contributive Imu e Tari, completo dei dati anagrafici e fiscali nonché della posizione contributiva di ciascun contribuente. Il sindaco ha precisato di aver, sulla base del parere n. 9753567 reso dal Garante per la Protezione dei dati personali in data 4 marzo 2022, consentito l'accesso all'elenco per estratto delle posizioni contributive richieste, privo dei dati anagrafici e fiscali di ciascun contribuente. Il Garante per la Protezione dei dati personali, nel citato parere concernente l'istanza di accesso civico, ai sensi dell'art.5 del d.lgs. n. 33/2013, avente ad oggetto la copia dei pagamenti dei tributi ICI, IMU e TARSU di tutti gli amministratori di maggioranza e minoranza di un comune, ha osservato come "... l'ostensione del 'complesso' dei dati e delle informazioni richieste ... determina un'interferenza ingiustificata e sproporzionata nei diritti e libertà dei soggetti controinteressati, con possibili ripercussioni negative sul piano personale (soprattutto in ambiti territoriali di dimensioni ridotte) e la cui conoscenza – tenendo conto anche del particolare regime di pubblicità dei dati oggetto di accesso civico – può arrecare, in relazione ai casi e al contesto in cui possono essere utilizzati da terzi, proprio quel pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali previsto dall'art. 5-*bis*, comma 2, lett. *a)*, del d.lgs. n.33/2013." Si osserva che il citato parere del Garante per la Protezione dei dati personali risulta inconferente rispetto alla materia oggetto del presente quesito, in quanto il caso esaminato dal Garante si riferisce all'istanza di un cittadino ai sensi dell'art. 5 del d.lgs n. 33/2013, mentre la questione in esame riguarda il diritto di accesso dei consiglieri che trova specifica disciplina nell'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000 avente una ratio e delle finalità diverse rispetto all'istituto dell'accesso civico. Come più volte sostenuto dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (in particolare, Plenum del 2.2.2010, del 23.2.2010 e parere del 5.10.2010), il "diritto di accesso" ed il "diritto di informazione" dei consiglieri comunali nei confronti della P.A. trovano la loro disciplina specifica nell'art. 43 del decreto legislativo n.267/00 che riconosce ai consiglieri comunali e provinciali il "diritto di ottenere dagli uffici, … del comune, nonché dalle … aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato". Dal contenuto della citata norma, si evince il riconoscimento in capo al consigliere comunale di un diritto dai confini più ampi sia del diritto di accesso ai documenti amministrativi attribuito al cittadino nei confronti del comune di residenza (art. 10, T.U. Enti locali) sia, più in generale, nei confronti della P.A. quale disciplinato dalla legge n.241/90. Più recentemente, il T.A.R. Friuli Venezia Giulia-Trieste, sez.I, con sentenza del 9 luglio 2020, n. 253, pur riconoscendo il diritto del consigliere comunale di ottenere dagli uffici del comune tutte le

notizie e le informazioni utili all'espletamento del proprio mandato, diritto ampiamente affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto non assentibile "la pretesa dell'interessato, non assistita da alcun corrispondente obbligo di legge gravante sull'ente civico, di esercitare il diritto in questione nella modalità a lui più gradita", precisando che non si possono "invadere spazi intangibili di discrezionalità, né, tanto meno, sostituirsi all'Amministrazione in valutazioni di carattere organizzativo/funzionale che solo ad essa competono e che fuoriescono dal perimetro proprio della speciale forma di accesso spettante ai consiglieri comunali *ex* art. 43 del d.lgs. n. 267/2000". Si segnala che il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza 11 marzo 2021, n.2089 ha precisato che il diritto di accesso del consigliere comunale è sottoposto alla regola del "ragionevole bilanciamento" propria dei rapporti tra diritti fondamentali. L'Alto Consesso ha evidenziato che, se da un lato è vero che il diritto di accesso di un consigliere comunale è più ampio, ai sensi dell'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000, per il proprio mandato politico-amministrativo, rispetto all'accesso agli atti amministrativi previsto dall'art.7 della legge n. 241/1990, "è altrettanto vero che tale estensione non implica che esso possa sempre e comunque esercitarsi con pregiudizio di altri interessi riconosciuti dall'ordinamento meritevoli di tutela e dunque possa sottrarsi al necessario bilanciamento con quest'ultimi". Ciò non solo perché ad esso si contrappongono diritti egualmente tutelati dall'ordinamento, ma anche per il limite funzionale intrinseco cui il diritto d'accesso, espresso dall'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000, è sottoposto con il richiamo alle notizie ed alle informazioni che possono essere richieste all'ente locale se si rivelino utili all'espletamento del proprio mandato. Tale orientamento giurisprudenziale è stato da ultimo ribadito dal TAR Veneto, sez. I, con sentenza 5 maggio 2021, n. 604. Inoltre, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4792 del 22.6.2021, ha precisato che "in linea generale l'esercizio del potere di accesso di cui all'articolo 43, comma 2, TUEL è finalizzato 'all'espletamento del mandato' e pertanto deve essere letto ed interpretato in stretto rapporto all'art. 42 del medesimo TUEL, come già affermato da questo Consiglio: "Il descritto limite implica che il bisogno di conoscenza del titolare della carica elettiva debba porsi in rapporto di strumentalità con la funzione 'di indirizzo e di controllo politico-amministrativo', di cui nell'ordinamento dell'ente locale è collegialmente rivestito il consiglio comunale (art. 42, comma 1, TUEL), e alle prerogative attribuite singolarmente al componente dell'organo elettivo (art. 43). Il diritto del consigliere comunale all'accesso agli atti dell'ente locale *ex* art. 43, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000 non è, dunque, incondizionato" (Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2089)". Siamo di fronte ad un diritto soggettivo pubblico funzionale alla cura di un interesse pubblico connesso al mandato derivante dal risultato elettorale. È, tuttavia, ovvio che i dati e le informazioni di cui viene a conoscenza il consigliere comunale devono essere utilizzati solo per le finalità realmente pertinenti al mandato, rispettando il dovere del segreto secondo quanto previsto dalla legge e nel rispetto dei principi in materia di privacy. Il rapporto sinergico fra il diritto di accesso ed il diritto alla privacy rappresenta due interessi e diritti di primario e pari rango che, in quanto tali, sono meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Quindi, non è sufficiente rivestire la carica di consigliere comunale per avere diritto all'accesso, ma è necessario, come prescritto dall'art. 43 TUOEL, che la domanda muova da una effettiva esigenza del consigliere affinché tutte le informazioni e le notizie acquisite siano utili all'espletamento del proprio mandato. Pertanto, l'esercizio del diritto di accesso è finalizzato, certamente all'espletamento del mandato, costituendone il presupposto che lo legittima ma è anche, al tempo stesso, un suo limite, in quanto è funzionale esclusivamente allo svolgimento della missione del consigliere comunale (Cons. Stato, sez. V, sentenza 26 settembre 2000, n. 5109). Ciò premesso, nel caso in esame si dovrà assicurare il ragionevole bilanciamento tra il diritto di esercitare pienamente il mandato elettivo e la protezione dei dati personali dei soggetti coinvolti nella richiesta di accesso, individuando soluzioni che contemperino il diritto dei consiglieri sancito dall'art. 43 TUOEL con i principi giurisprudenziali richiamati.

MINISTERO DELL'INTERNO
parere del 15 novembre 2022

Entrata in vigore modifiche statutarie

È stato formulato un quesito in ordine all'entrata in vigore delle modifiche statutarie concernenti l'elezione del presidente del consiglio comunale. Si rappresenta che alcuni consiglieri comunali hanno presentato delle proposte di modifica dello statuto comunale nella parte riferita alla elezione del presidente del consiglio; di conseguenza il segretario generale dell'ente ha chiesto di conoscere se tali modifiche, una volta approvate dal consiglio comunale, possano essere applicate nel corso della presente consiliatura ovvero se la loro entrata in vigore debba essere differita al successivo rinnovo del consiglio comunale. Si osserva che il quorum per l'elezione del presidente del consiglio è disciplinato da un articolo dello statuto che prevede l'elezione della carica, in prima votazione, con il voto favorevole dei tre quarti dei consiglieri assegnati. In caso di votazione infruttuosa si procede dopo cinque giorni alla convocazione di una seconda seduta nel corso della quale è ancora richiesto il voto favorevole dei tre quarti dei consiglieri assegnati e nei successivi scrutini è richiesto il voto favorevole dei due terzi dei consiglieri. Fino a quando non si raggiunge la maggioranza richiesta, il consiglio è provvisoriamente presieduto dal consigliere anziano. In base allo statuto comunale attualmente in vigore, il presidente resta in carica per la metà del mandato ed è rieleggibile. In attuazione di tale ultima disposizione, il presidente è decaduto dall'incarico e, non essendo stato raggiunto il quorum utile alla elezione del presidente, così come disposto dallo stesso statuto, tale ruolo risulta ancora ricoperto dal consigliere anziano. Al fine di consentire il superamento delle difficoltà riscontrate, alcuni consiglieri, come si è innanzi detto, hanno presentato emendamenti

all'articolo dello statuto, tali da determinare un abbassamento del quorum. Tuttavia, la commissione consiliare competente ha sollevato la questione relativa all'entrata in vigore delle modifiche statutarie, una volta approvate dal consiglio comunale, in particolare è stato chiesto se le stesse possano trovare applicazione anche al procedimento in corso relativo all'elezione del nuovo presidente, o a decorrere dalla successiva consiliatura. Al riguardo, appare utile richiamare la sentenza del TAR Salerno n. 47 del 2006. Con la citata pronuncia, il giudice amministrativo ha accolto il ricorso proposto dal consigliere decaduto dalla carica di presidente del consiglio a seguito dell'entrata in vigore, in corso di consiliatura, delle norme che ponevano un limite temporale alla durata del mandato presidenziale. È stata considerata fondata la censura riferita alla violazione del principio d'irretroattività della legge stabilito dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale. È stato, infatti, osservato che la deroga al suddetto principio, ammessa per le fonti primarie del diritto, non è consentita, normalmente, all'attività regolamentare che, in quanto fonte subordinata alla legge ordinaria, non può derogare a tale criterio. In tal senso, si richiama il parere di questo Ministero del 30 gennaio 2019, pubblicato sul sito del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali - https//dait.interno.gov.it/pareri, presente nella sezione Territorio e autonomie locali-Cat.01.01. In coerenza con il principio richiamato dalla suddetta pronuncia del TAR Salerno, le modifiche statutarie in materia di quorum relativo all'elezione del presidente del consiglio, se approvate dal consiglio comunale, entreranno in vigore successivamente al rinnovo del consiglio comunale, ciò per evitare che possa nel corso della medesima consiliatura verificarsi una disparità di trattamento tra il presidente risultato eletto nel corso della prima metà del mandato del consiglio comunale rispetto al presidente che entrerebbe in carica per la durata residua dell'organo assembleare.

MINISTERO DELL'INTERNO
parere del 21 novembre 2022

Modifica del regolamento consiliare in merito alla convocazione della conferenza dei capigruppo

Una Prefettura ha trasmesso le informazioni chieste da questo Ministero in relazione alla questione sollevata da un consigliere di minoranza in merito alla legittimità della deliberazione consiliare concernente una modifica al regolamento sul funzionamento del consiglio, prevedendo che la richiesta di convocazione della conferenza dei capigruppo debba essere presentata da almeno due capigruppo. Al riguardo, era stato respinto l'emendamento presentato dalla minoranza che prevedeva la possibilità di richiedere la convocazione della conferenza in parola da parte del 50% dei capigruppo. La proposta di tale emendamento, come si evince dalla nota del sindaco, "è stata discussa durante la seduta del consiglio comunale e respinta dalla maggioranza con la motivazione che la questione debba essere regolata da un rapporto che rispecchia la proporzione tra maggioranza e minoranza presente nella composizione del consiglio comunale, così come avviene per la formazione delle commissioni consiliari". In merito alla questione prospettata, tenuto conto del riconosciuto diritto dei consiglieri di richiedere la convocazione del consiglio comunale con il quorum di un quinto del totale dei consiglieri, come previsto dallo statuto comunale (in conformità alla previsione dell'art.39, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000, richiamato anche dall'art. 43, comma 1, del medesimo decreto), la Prefettura ritiene non infondato l'esposto dei consiglieri di minoranza, atteso che la previsione regolamentare, così come modificata, impone che vi debba essere sempre l'assenso del capogruppo di maggioranza per poter chiedere la convocazione della conferenza dei capigruppo in considerazione che i gruppi consiliari sono attualmente solo due. Al riguardo, come è noto, l'esistenza dei gruppi consiliari si desume implicitamente da quelle disposizioni normative che contemplano diritti e prerogative in capo ai gruppi o ai capigruppo (in particolare, art.38 comma 3, art. 39 comma 4, art. 79 e art.125 del d.lgs. n. 267/2000). In particolare, l'art. 38, comma 2, del decreto legislativo n. 267/2000 demanda al regolamento, "nel quadro dei principi stabiliti dallo statuto", la disciplina del funzionamento dei consigli e, come si evince dal successivo comma 3, anche la disciplina del funzionamento dei gruppi consiliari regolarmente costituiti. La conferenza dei capigruppo, la cui istituzione è prevista dallo statuto comunale, dà pareri preliminari su proposte di deliberazione di particolare importanza da sottoporre all'esame del consiglio. Le competenze e le modalità di funzionamento della citata conferenza sono, invece, stabilite dal regolamento. Si osserva che il predetto organismo può essere convocato e presieduto dal sindaco ai sensi dello statuto comunale. Dall'esame della predetta normativa sopra richiamata emerge da un lato la necessità di convocare la conferenza dei capigruppo ogni qualvolta debbano essere sottoposte al consiglio comunale proposte di deliberazioni che abbiano "particolare rilievo ed importanza", dall'altro l'impossibilità per ciascun gruppo consiliare di richiedere la convocazione della conferenza se non vi è l'assenso dell'altro gruppo. La modifica regolamentare, così come approvata dalla deliberazione sopraindicata, implica che la richiesta di convocazione debba essere presentata da almeno due capigruppo e cioè da entrambi i capigruppo che sono attualmente presenti in seno al consiglio comunale, espressione uno della maggioranza e l'altro della minoranza. Conseguentemente, laddove i due esponenti consiliari non raggiungano le necessarie intese, rimane nel solo potere del sindaco convocare la conferenza dei capigruppo. Infine, è stato rappresentato quanto sopra al sindaco, anche ai fini di una eventuale revisione delle norme regolamentari in questione.

quesiti

FINANZA LOCALE

tratto da Bilancioecontabilita.it

PAGAMENTI MANDATO SENZA REGOLARIZZAZIONE

Il punto 6.3 dell'All.4/2 al d.lgs. 118/2011 stabilisce che "nei casi espressamente previsti dalla legge, è possibile che il tesoriere provveda direttamente al pagamento di somme prima dell'emissione del mandato da parte dell'ente. In ogni caso, l'ente emette il mandato ai fini della regolarizzazione entro 30 giorni dal pagamento (anche nel caso di esercizio provvisorio del bilancio)". Si chiede quali siano i casi espressamente previsti dalla legge. Più in generale, si chiede quale procedura l'Ente (ente pubblico non economico strumentale della Regione Sardegna, soggetto alle norme sull'armonizzazione contabile ex d.lgs.118/2011) debba seguire nell'esempio che segue: si supponga che l'Ente debba far fronte a una spesa obbligatoria (il cui mancato pagamento comporti l'applicazione di sanzioni e interessi), ma non abbia lo stanziamento di bilancio sufficiente all'impegno di spesa per cause non imputabili alla propria responsabilità (ad esempio: mancata nomina da parte della Regione degli organi preposti all'adozione delle variazioni di bilancio). In tal caso, potrebbe l'Ente chiedere con una lettera al Tesoriere di procedere al pagamento e, successivamente, attivare la procedura di riconoscimento del debito fuori bilancio, segnalando l'effetto che esso produce sul risultato di amministrazione dell'esercizio e le motivazioni che non hanno consentito la necessaria variazione di bilancio? Oppure solo il pignoramento attivato dal creditore rientra in quei casi di pagamento prima dell'emissione del mandato espressamente previsti dalla legge?

Il tesoriere effettua i pagamenti anche in assenza della preventiva emissione del relativo mandato di pagamento, se derivanti da obblighi tributari, da somme iscritte a ruolo, da delegazioni di pagamento, e da altri obblighi di legge. Entro 30 giorni l'ente è poi tenuto ad emettere il relativo mandato ai fini della regolarizzazione.

Con riferimento al caso specifico, non si ritiene l'applicazione di sanzioni e interessi per il mancato rispetto dei termini di pagamento dei debiti da parte della PA una motivazione sufficiente per potere disporre il pagamento in assenza di mandato. Il pagamento a seguito di provvedimento di pignoramento attivato dal creditore rientra invece in tale fattispecie.

VARIAZIONE BILANCIO PREVISIONE APPLICAZIONE AVANZO ACCANTONATO ARRETRATI PERSONALE

In considerazione dell'ormai prossima definitiva approvazione del CCNL 2019-2021 degli enti locali, si chiede se la variazione di bilancio di previsione per la applicazione al bilancio delle risorse accantonate nell'apposito fondo di accantonamento per il pagamento degli arretrati contrattuali rientra nelle competenze del responsabile del servizio finanziario oppure rientra nella competenza della giunta comunale?

La variazione di bilancio di previsione per la applicazione al bilancio delle risorse accantonate nell''apposito fondo di accantonamento per il pagamento degli arretrati contrattuali rientra nelle competenze della giunta comunale. Infatti, l'art. 175 TUEL stabilisce che l'applicazione della quota accantonata del risultato di amministrazione presunto costituita da accantonamenti risultanti dall'ultimo consuntivo approvato è di competenza della giunta.

Mentre, le uniche variazioni che risultano essere di competenza del responsabile finanziario sono le seguenti: *" 1. le variazioni compensative del piano esecutivo di gestione fra capitoli di entrata della medesima categoria e fra i capitoli di spesa del medesimo macroaggregato, escluse le variazioni dei capitoli appartenenti ai macroaggregati riguardanti i trasferimenti correnti, i contribuiti agli investimenti, ed ai trasferimenti in conto capitale, che sono di competenza della Giunta;*

2. le variazioni di bilancio fra gli stanziamenti riguardanti il fondo pluriennale vincolato e gli stanziamenti correlati, in termini di competenza e di cassa, escluse quelle previste dall'art. 3, comma 5, del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118. Le variazioni di bilancio riguardanti le variazioni del fondo pluriennale vincolato sono comunicate trimestralmente alla giunta;

3. le variazioni di bilancio riguardanti l'utilizzo della quota vincolata del risultato di amministrazione derivanti da stanziamenti di bilancio dell'esercizio precedente corrispondenti a entrate vincolate, in termini di competenza e di cassa, secondo le modalità previste dall'art. 187, comma 3-quinquies;

- le variazioni degli stanziamenti riguardanti i versamenti ai conti di tesoreria statale intestati all'ente e i versamenti a depositi bancari intestati all'ente;

4. le variazioni necessarie per l'adeguamento delle previsioni, compresa l'istituzione di tipologie e programmi, riguardanti le partite di giro e le operazioni per conto di terzi;

5. in caso di variazioni di esigibilità della spesa, le variazioni relative a stanziamenti riferiti a operazioni di indebitamen-

to già autorizzate e perfezionate, contabilizzate secondo l'andamento della correlata spesa, e le variazioni a stanziamenti correlati ai contributi a rendicontazione, escluse quelle previste dall'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118. Le suddette variazioni di bilancio sono comunicate trimestralmente alla giunta."

FONDO SVALUTAZIONE CREDITI CALCOLO

Si chiede se i seguenti metodi di quantificazione, in sede di rendiconto, del Fondo svalutazione crediti in contabilità finanziaria ed economica siano corretti o quali siano le modalità previste per la sua esatta determinazione: in contabilità finanziaria: fondo svalutazione crediti = FCDE (ridotto dello stesso importo dei crediti stralciati nel corso dell'esercizio) + crediti stralciati esercizi precedenti + crediti stralciati esercizio di approvazione del rendiconto detratte eventuali variazioni crediti stralciati esercizi precedenti per insussistenza/prescrizione. In contabilità economica: fondo svalutazione crediti: Corrisponde all'incremento di FCDE risultante nel rendiconto finanziario fra l'anno N-1 e l'anno N aumentato della quota di crediti inesigibili stralciati dal conto del bilancio nell'esercizio N.

Si premettono a riguardo alla quantificazione del Fondo svalutazione crediti quanto indicato nel Principio applicato relativo alla contabilità economica-patrimoniale *ex* Allegato n. 4/3 al d.lgs. n. 118/2011:

Il Fondo svalutazione crediti corrisponde alla sommatoria, al netto degli eventuali utilizzi, degli accantonamenti annuali per la svalutazione dei crediti sia di funzionamento che di finanziamento. L'ammontare del fondo svalutazione crediti dovrebbe essere, data la metodologia di calcolo dell'accantonamento al fondo stesso di cui ai punti n. 4.20 e n. 4.27, di pari importo almeno pari a quello inserito nel conto del bilancio. Però, il valore dei fondi previsti in contabilità finanziaria ed in contabilità economico-patrimoniale potrebbe essere diverso per due ordini di motivi.

In contabilità economico-patrimoniale, sono conservati anche i crediti stralciati dalla contabilità finanziaria ed, in corrispondenza di questi ultimi, deve essere iscritto in contabilità economico-patrimoniale un fondo pari al loro ammontare.

Inoltre, in contabilità economico-patrimoniale potrebbero essere iscritti dei crediti che, in ottemperanza al principio della competenza finanziaria potenziata, in contabilità finanziaria, sono imputati nel bilancio di anni successivi a quello cui lo Stato Patrimoniale si riferisce.

Pertanto, mentre in contabilità economico-patrimoniale tali crediti devono essere oggetto di svalutazione mediante l'accantonamento di una specifica quota al fondo svalutazione, in contabilità finanziaria tale accantonamento avverrà solo negli anni successivi.

In contabilità finanziaria: FCDE trova collocazione nel suo importo finale nell'Allegato A fra le poste dell'Avanzo Accantonato e nell'Allegato A/1.

In contabilità economica:

Fondo svalutazione crediti

=

FCDE (ridotto dello stesso importo dei crediti stralciati nel corso dell'esercizio)

+ Crediti stralciati esercizi precedenti detratte eventuali variazioni crediti stralciati esercizi precedenti per insussistenza/prescrizione/incassi

+ Crediti stralciati esercizio di approvazione del rendiconto

+ Fondo svalutazione crediti su crediti relativi ad accertamenti imputati agli esercizi successivi a quello cui il rendiconto si riferisce.

Ai fini della quantificazione dell'importo dei Costi per svalutazione dei crediti si riporta quanto indicato al punto 4.4 del Principio n. 4/4 al d.lgs. n. 118/2011:

4.4. Svalutazione dei crediti di funzionamento. L'accantonamento rappresenta l'ammontare della svalutazione dei crediti di funzionamento costituiti da tutti i crediti dell'ente diversi da quelli derivanti dalla concessione di crediti ad altri soggetti. Sono indicate in tale voce le quote di accantonamento per presunta inesigibilità che devono gravare sull'esercizio in cui le cause di inesigibilità si manifestano con riferimento ai crediti iscritti nello stato patrimoniale. Il valore dell'accantonamento al fondo svalutazione crediti è determinato almeno dalla differenza tra il valore del fondo crediti di dubbia e difficile esazione, riferito ai crediti riguardanti i titoli da 1 a 4 delle entrate, accantonato nel risultato di amministrazione in sede di rendiconto ed il valore del fondo svalutazione crediti nello stato patrimoniale di inizio dell'esercizio, al netto delle variazioni intervenute su quest'ultimo nel corso dell'anno. In tale posta vanno inseriti anche gli accantonamenti relativi ai crediti stralciati dalle scritture finanziarie nel corso dell'esercizio e i crediti che in contabilità finanziaria sono stati accertati con imputazione agli esercizi successivi derivanti dalla rateizzazione delle entrate dei titoli 1 e 3.

L'accantonamento deve essere almeno pari all'importo necessario a rendere la quota del Fondo svalutazione crediti riguardante i crediti considerati ai fini del calcolo del Fondo crediti di dubbia e difficile esazione pari all'importo del Fondo crediti di dubbia e difficile esazione. Non è pertanto possibile correlare la ripartizione tra i residui attivi del fondo crediti di dubbia esigibilità accantonato nel risultato di amministrazione con la ripartizione del fondo svalutazione crediti tra i crediti iscritti nello stato patrimoniale.

La ripartizione dell'accantonamento tra le singole tipologie di crediti è effettuata sulla base della valutazione del rischio di insolvenza e delle specificità dei crediti. Quindi…

In contabilità economica:

Svalutazione dei crediti =

Incremento di FCDE risultante nel rendiconto finanziario fra anno n-1 e anno n

+ Crediti stralciati esercizio di approvazione del rendiconto

+ Quota svalutazione crediti su crediti relativi ad accertamenti imputati agli esercizi successivi a quello cui il rendiconto si riferisce.

TRIBUTI LOCALI

Tratto da Ufficiotributi.it

NOTIFICA AGLI EREDI

Abbiamo notificato un accertamento IMU 2017 relativo a immobili di una persona deceduta nel 2021 la quale era residente in

casa di riposo. La notifica dell'accertamento è avvenuta impersonalmente e collettivamente agli eredi presso i loro domicili, in quanto il de cuius risiedeva in casa di riposo. La successione è già pervenuta al nostro Ente e quindi le quote sono conosciute ma non ci è stata fatta la comunicazione prevista dall'art. 65 d.P.R. 600/1973. Volevamo sapere, per ogni punto sottoriportato, se: - È corretto aver notificato agli indirizzi degli eredi e non anche alla casa di riposo; - È corretto aver notificato impersonalmente e collettivamente agli eredi; - Ora il commercialista di un erede chiede la rinotifica dell'atto pro quota, in quanto è avvenuta la successione che è già agli atti del nostro Ente. Il nostro ufficio intenderebbe negare la rinotifica dell'accertamento per la sola quota in quanto trattasi di debiti relativi al defunto ante mortem; - Qualora l'accertamento venisse pagato pro quota solo da un erede la somma che va iscritta a ruolo a nome del defunto è a carico degli eredi e il pagamento pro quota dovrà essere dimostrato ad agenzia entrate riscossione da parte del contribuente che avrà saldato l'acccertamento?

In merito al quesito posto di specifica quanto segue. 1. La notifica agli eredi deve essere eseguita all'ultimo domicilio del de cujus in assenza di comunicazione, di cui all'art. 65, del d.P.R. n. 600/1973 o di presentazione della dichiarazione di successione. Pertanto, nel caso di specie, in cui è presente la dichiarazione di successione, la notifica diretta agli eredi è corretta. 2. La notifica di atti di accertamento tesi a contestare violazioni del de cujus devono essere emessi impersonalmente e collettivamente in ragione del tenore dell'art. 65, del d.P.R. n. 600/1973 che, al primo comma, stabilisce che "Gli eredi rispondono in solido delle obbligazioni tributarie il cui presupposto si è verificato anteriormente alla morte del dante causa". Ciò significa, in ogni caso, gli eredi rispondono per tutto il debito del defunto, ossia dei debiti nati prima della sua morte. 3. Stante quanto indicato al punto 2, il commercialista non può pretendere l'ufficio comunale richieda al proprio cliente solo la parte di debito "pro quota". Infatti, se è pur vero che l'art. 752 del c.c. individua le modalità con cui i coeredi sono tenuti a rispondere dei debiti ereditari,
il medesimo articolo dispone che "I coeredi contribuiscono tra loro al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione delle loro quote ereditarie, salvo che il testatore abbia altrimenti disposto". Tuttavia, la norma generale del c.c. è derogata per espressa previsione del legislatore. Così, in materia di obbligazioni tributarie, l'art. 65 richiamato al punto 2, pone tale deroga. Quindi l'ufficio assume un comportamento corretto se lascia in essere gli atti notificati, proprio perché aderenti dalla normativa illustrata. 4. La risposta a questo quesito è di diretta conseguenza a quanto sopra esposto: poiché ogni erede è responsabile in solido dei debiti del defunto, la riscossione coattiva sarà effettuata a carico di ogni erede per l'intero debito. Qualora l'erede che ha versato parte del debito dimostri di averne eseguito una parte, si potrà procedere allo sgravio parziale.

MODALITÀ DI EMISSIONE TARI

Si chiede se per l'emissione dell'acconto e del saldo TARI è ancora valida la disposizione di cui al comma 15-ter dell'art. 13 del d.l. n. 201/2011, introdotto dal d.l. n. 34/2019 (decreto Crescita) che stabilisce che i versamenti della TARI la cui scadenza è fissata dal Comune prima del 1° dicembre di ciascun anno devono essere effettuati sulla base degli atti applicati per l?anno precedente ed i versamenti dei medesimi tributi la cui scadenza è fissata dal Comune in data successiva al 1° dicembre di ciascun anno devono essere effettuati sulla base degli atti pubblicati entro il 28 ottobre, a saldo dell'imposta dovuta per l'intero anno, con eventuale conguaglio su quanto già versato. Se così fosse, i Comuni sarebbero obbligati al doppio invio (acconto e poi saldo) anche se le tariffe sono già approvate in tempo utile per un unico invio.

Le disposizioni di cui all'art 13, comma 15-*ter*, del d.l. n. 201/2011, sono ancora vigenti. Tuttavia, il Comune potrebbe evitare di dover emettere due bollette TARI, una in acconto con le vecchie tariffe TARI e una a saldo, con calcolo a conguaglio considerando le tariffe TARI deliberate nell'anno in corso, e procedere con un unico recapito contenente i due documenti.
Nell'unico recapito, infatti, potrebbero essere consegnate le due bollette, calcolate come sopra indicato, ossia inviando sia la bolletta calcolata con le tariffe dell'anno precedente, a titolo di acconto e rapportata, generalmente, a sei mesi dell'anno, e l'altra bolletta calcolata a conguaglio, con applicazione delle nuove tariffe. Questa seconda bolletta, riporterà la TARI determinata considerando la differenza fra il totale dovuto per l'intero anno, sulla base delle tariffe approvate nell'anno in corso e l'ammontare della TARI calcolata in acconto. Tale modalità di calcolo dovrà essere gestita dall'applicativoinformatico per l'emissione delle bollette TARI. Diversamente, occorre procedere con almeno due spedizioni, di cui la seconda con invio di una bolletta con scadenza successiva al 1° dicembre.
Preme evidenziare che tale procedura tiene conto del fatto che la bolletta da emettere dopo il 1° dicembre, deve riportare le tariffe indicate "sulla base degli atti pubblicati entro il 28 ottobre" e, quindi, l'ente deve considerare quelle pubblicate sul Portale del Federalismo Fiscale. Ciò in quanto, è grazie all'inserimento sul Portale del MEF, che le delibere tariffarie acquisiscono efficacia legale. Dunque, la procedura dettata dal legislatore nazionale, per l'emissione delle bollette TARI, è tesa ad impedire che i Comuni emettano bollette per il prelievo sui rifiuti, con importi calcolati assumendo tariffe non legittime. È già capitato che l'ufficio tributi (o chi per loro) di alcuni enti, abbia dimenticato di adempiere all'obbligo di inserimento delle delibere dei propri tributi sul Portale citato, con la conseguenza che le somme chieste agli utenti a titolo di TARI sono risultate illegittime, per lo meno per la differenza fra l'ammontare delle tariffe approvate l'anno precedente e quelle deliberate nell'anno di emissione, ma non rese efficaci

Giurisprudenza

PERSONALE

TAR LAZIO, SEZ. V,

20 luglio 2022, n. 10372

Sanzioni disciplinari – illeciti disciplinari – inadempimento all'obbligo vaccinale covid-19

La sospensione dal servizio e la perdita della retribuzione appaiono conseguenze sproporzionate e in contrasto con l'art. 3 Cost. nel caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale da parte del dipendente. Si tratta di conseguenze che per la loro portata sono suscettibili di vulnerare i diritti fondamentali della persona, eppure correlate ad una condotta non integrante né illecito penale, né illecito disciplinare e che pertanto sembrano integrare una irragionevole disparità di trattamento rispetto a quei lavoratori sospesi perché coinvolti in procedimenti penali e disciplinari per fatti di oggettiva gravità ed ai quali, invece, l'ordinamento riconosce l'assegno alimentare per far fronte ai loro bisogni alimentari primari.

CASSAZIONE, SEZ. LAV.,

8 agosto 2022, n. 24453

Sanzioni disciplinari – licenziamento – uso di sostanze stupefacenti

È illegittimo il licenziamento del dipendente che, risultato positivo a un test antidroga, chieda un periodo di aspettativa non retribuita per poter sottoporsi a un percorso terapeutico riabilitativo mirato a liberarlo dalla dipendenza dalle sostanze stupefacenti.

TAR LAZIO, SEZ. III-*BIS*,
7 settembre 2022, n. 11652

Pubblico impiego – giurisdizione – giudice amministrativo – materie

Dalla ricostruzione del quadro normativo emerge plasticamente come la regula iuris generalis, costituita dalla devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al pubblico impiego privatizzato, soffra le seguenti eccezioni che, per converso, contemplano la giurisdizione del g.a. in materia di:

- pubblico impiego non privatizzato, c.d. "personale in regime di diritto pubblico" (artt. 3 e 63, comma 4 T.U.P.I);
- procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti nella p.a. (art. 63, comma 4);
- atti di "macro-organizzazione".

CASSAZIONE, SEZ. LAV.,
11 ottobre 2022, n. 29515

Demansionamento – conseguenze – ansia da nevrosi – malattia professionale – indennizzo

La malattia professionale è indennizzabile ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 23 febbraio 2000 anche quando non sia contratta in seguito a specifiche lavorazioni, ma derivi dall'organizzazione del lavoro e dalle sue modalità di esplicazione. Ciò che importa è che la malattia derivi dal fatto oggettivo dell'esecuzione della prestazione in un determinato ambiente di lavoro, seppur non sia specifica conseguenza dalla prestazione lavorativa.

TRIBUTI LOCALI

CASSAZIONE, SEZ. LAV.,
17 novembre 2022, ord. n. 33863

TARI – niente esonero per le superfici produttive di rifiuti speciali senza dichiarazione

Con la pronuncia n. 33863 del 17 novembre 2022 la Cassazione, accogliendo il ricorso del Comune, ha ribadito il proprio orientamento secondo cui per poter usufruire dell'esonero TARI previsto le superfici produttive di rifiuti speciali è necessario che il contribuente presenti l'apposita dichiarazione, specie se questa è anche imposta dal regolamento comunale.
Nel caso in esame il contribuente impugnava l'avviso di accertamento TARI 2017 con esito favorevole nel giudizio di merito, sul rilievo che l'adempimento dell'obbligo delle dichiarazioni sui presupposti impositivi non va ripetuto ogni anno in assenza di variazioni sostanziali.
Il comune propone così ricorso in Cassazione eccependo la violazione del comma 649 della legge n. 147 del 2013 e del regolamento TARI per non avere la parte contribuente dimostrato lo smaltimento autonomo dei rifiuti speciali, dovendosi ritenere che la dichiarazione debba essere rinnovata anno per anno.
La Cassazione accoglie il ricorso dell'ente impositore evidenziando che, pur valendo il principio secondo cui è l'Amministrazione a dover fornire la prova della fonte dell'obbligazione tributaria, è onere del contribuente dimostrare la sussistenza delle condizioni per beneficiare della riduzione della superficie tassabile ovvero dell'esenzione, trattandosi di eccezione rispetto alla regola generale del pagamento dell'imposta sui rifiuti urbani nelle zone del territorio comunale (Cass. n. 21335 del 2022).
Invero, in tema di tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU), grava sul contribuente l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni per beneficiare delle esenzioni previste dall'art. 62, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 507 del 1993, per quelle aree detenute, od occupate, che, in ragione di specifiche caratteristiche strutturali o di destinazione, non producono rifiuti o produ-

cono rifiuti speciali (smaltiti dallo stesso produttore a proprie spese), in quanto il principio secondo cui spetta all'Amministrazione provare la fonte dell'obbligazione tributaria non si estende alla dimostrazione della spettanza o meno delle esenzioni, le quali costituiscono eccezioni alla regola generale della debenza del tributo da parte di tutti coloro che occupano, o detengono, immobili nel territorio comunale.
Inoltre, in materia di TARI, costituiscono presupposto impositivo l'occupazione o la conduzione di locali ed aree scoperte, adibiti a qualsiasi uso privato, non costituenti accessorio o pertinenza degli stessi, di talché, pur valendo il principio secondo cui è l'Amministrazione a dover fornire la prova della fonte dell'obbligazione tributaria, è onere del contribuente dimostrare la sussistenza delle condizioni per beneficiare della riduzione della superficie tassabile ovvero dell'esenzione, trattandosi di eccezione rispetto alla regola generale del pagamento dell'imposta sui rifiuti urbani nelle zone del territorio comunale (Cass. n. 12979 del 2019).
Nel caso in questione la CTR non si è attenuta a tali principi laddove ha erroneamente ritenuto che non fosse onere del contribuente ripetere ogni anno la richiesta di esenzione in assenza di variazioni sostanziali. È infatti onere del contribuente dimostrare la sussistenza delle condizioni per beneficiare della riduzione della superficie tassabile ovvero dell'esenzione, trattandosi di eccezione rispetto alla regola generale del pagamento dell'imposta sui rifiuti urbani nelle zone del territorio comunale. Tale onere non può non consistere, nel rigoroso rispetto delle previsioni di legge necessarie per ottenere questa esenzione, e l'art. 1, comma 649, della legge n. 147 del 2013 rinvia, in materia di esenzioni dal pagamento della TARI, ai regolamenti comunali. Nella specie il regolamento comunale esige, per godere dell'esenzione dalla suddetta imposta in ragione dell'autonomo smaltimento dei rifiuti speciali, che il contribuente debba ripetere la richiesta di esenzione – corredata da una serie di documenti analiticamente indicati – ogni anno, entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui il contribuente ha effettuato l'attività di smaltimento dei rifiuti.

APPALTI PUBBLICI

CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA
SEZ. IV
17 novembre 2022 n. C-54/21

Appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Principi di aggiudicazione degli appalti – Articolo 18 – Trasparenza – Articolo 21 – Riservatezza – Adattamento di tali principi nella legislazione nazionale – Diritto di accesso al contenuto essenziale delle informazioni trasmesse dagli offerenti sull'esperienza e sulle referenze degli stessi, sul personale proposto per eseguire l'appalto, sulla concezione del progetto previsto e sulle modalità di esecuzione – Articolo 67 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto – Criteri relativi alla qualità dei lavori o dei servizi proposti – Requisito di specificità – Direttiva 89/665/CEE – Articolo 1, paragrafi 1 e 3 – Diritto a un ricorso effettivo – Rimedio in caso di violazione di tale diritto derivante dal rifiuto di dare accesso alle informazioni non riservate

1) L'articolo 18, paragrafo 1, e l'articolo 21, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 50, paragrafo 4, e l'articolo 55, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE,
devono essere interpretati nel senso che:
essi ostano a una normativa nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici la quale imponga che, con la sola eccezione dei segreti commerciali, le informazioni trasmesse dagli offerenti alle amministrazioni aggiudicatrici siano integralmente pubblicate o comunicate agli altri offerenti, nonché a una prassi delle amministrazioni aggiudicatrici consistente nell'accogliere sistematicamente le richieste di trattamento riservato motivate da segreti commerciali.

2) L'articolo 18, paragrafo 1, l'articolo 21, paragrafo 1, e l'articolo 55, paragrafo 3, della direttiva 2014/24,
devono essere interpretati nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice:
– deve, al fine di decidere se rifiutare, a un offerente la cui offerta ammissibile sia stata respinta, l'accesso alle informazioni presentate dagli altri offerenti in merito alla loro esperienza pertinente e alle relative referenze, all'identità e alle qualifiche professionali del personale proposto per eseguire l'appalto o dei subappaltatori, nonché alla concezione del progetto la cui realizzazione è prevista nell'ambito dell'appalto e alle modalità di esecuzione di quest'ultimo, valutare se tali informazioni abbiano un valore commerciale che non si limita all'appalto pubblico di cui trattasi, informazioni la cui divulgazione può pregiudicare legittimi interessi commerciali o la concorrenza leale;
– può, inoltre, rifiutare l'accesso a tali informazioni qualora la divulgazione di queste ultime, ancorché prive di siffatto valore commerciale, ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, e
– deve, in caso di rifiuto dell'accesso integrale alle informazioni, concedere a detto offerente l'accesso al contenuto essenziale delle stesse informazioni, di modo che sia garantito il rispetto del diritto a un ricorso effettivo.

3) L'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 67, paragrafo 4, di quest'ultima,
deve essere interpretato nel senso che:
esso non osta a che siano incluse, nei criteri di aggiudicazione dell'appalto, la «concezione dello sviluppo del progetto» la cui realizzazione è prevista nell'ambito dell'appalto pubblico di cui trattasi e la «descrizione delle modalità di esecuzione» di tale appalto, a condizione che tali criteri siano accompagnati da specifiche che consentano all'amministrazione aggiudicatrice una valutazione efficace ed obiettiva delle offerte presentate.
4) L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le dispo-

sizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014,
deve essere interpretato nel senso che:
qualora si accertino, in sede di esame di un ricorso proposto contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, un obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice di dare al ricorrente accesso a informazioni trattate a torto come riservate e una violazione del diritto a un ricorso effettivo derivante dalla mancata divulgazione di dette informazioni, tale accertamento non deve necessariamente comportare l'adozione, da parte di detta amministrazione aggiudicatrice, di una nuova decisione di aggiudicazione dell'appalto, a condizione che il diritto processuale nazionale consenta al giudice adito di adottare, nel corso del procedimento, provvedimenti che ristabiliscano il rispetto del diritto a un ricorso effettivo oppure gli consenta di stabilire che il ricorrente può proporre un nuovo ricorso avverso la decisione di aggiudicazione già adottata. Il termine per la proposizione di un siffatto ricorso deve decorrere solo dal momento in cui detto ricorrente ha accesso a tutte le informazioni qualificate a torto come riservate.