



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**22 gennaio
2018**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Distinzione fra società a sola partecipazione pubblica e società sottostanti anche a controllo pubblico
- ❖ Deve essere risarcito il danno morale al Consigliere Comunale illegittimamente dichiarato incompatibile
- ❖ La sopraelevazione che non risulta antisismica deve essere demolita anche se era stata oggetto di condono
- ❖ Danno erariale per la pubblicazione di un piano di razionalizzazione delle partecipate incompleto solo in presenza di una colpa grave

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Distinzione fra società a sola partecipazione pubblica e società sottostanti anche a controllo pubblico

E' stato domandato alla Sezione Regionale per la Liguria della Corte dei conti un parere, da parte di una Provincia, in merito alla corretta applicazione delle disposizioni del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

Per la precisione l'Ente richiedente ha posto in evidenza come il decreto in argomento disciplini in generale le "società a partecipazione pubblica" dettando, poi, disposizioni specifiche per quelle a "controllo pubblico".

Tuttavia, a giudizio della Provincia, le definizioni che distinguono le due tipologie di società lascerebbero, in alcuni casi, dei margini di interpretazione che rischiano di comprometterne la corretta applicazione, specie per quei casi in cui la società, pur essendo partecipata in misura maggioritaria da amministrazioni pubbliche, non presenti tuttavia i presupposti prescritti per identificare le "società a controllo pubblico", definite, alla lettera m) del comma 1 dell'articolo 2 del TUSP, come "le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)".

A sua volta, la richiamata lettera b) definisce come "controllo", "la 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".

Ciò stante, la Provincia si domanda se, qualora in una società – sebbene partecipata quasi totalmente da amministrazioni pubbliche - nessun ente

socio abbia poteri di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, e non vi siano patti parasociali o norme statutarie che permettano il consenso unanime da parte dei soci pubblici, tale società possa essere considerata solo a "partecipazione pubblica", e quindi non assoggettata alle disposizioni destinate a quelle a "controllo pubblico" (come, ad esempio, quelle previste dall'art. 11 del d.lgs. n. 175/2016, che disciplinano la composizione degli organi amministrativi e di controllo).

A fronte di tale quesito, la Sezione di controllo evidenzia con il parere n. 3/2018 come le norme del Testo Unico, nel definire mediante il combinato disposto dell'art. 2, comma 1, lett. b) ed m) le società a controllo pubblico accentuino, rispetto all'ordinaria definizione contenuta nell'art. 2359 del codice civile, lo spostamento della prospettiva dell'esame della sussistenza dei requisiti dal socio controllante alla società controllata.

In altre parole, mentre l'art. 2359 cod. civ. considera "società controllate" quelle in cui "un'altra" società dispone dei voti o dei poteri indicati ai numeri 1), 2) e 3) di detta disposizione, in virtù del combinato disposto delle lettere b) ed m) dell'art. 2 del TUSP vengono qualificate come "società a controllo pubblico" quelle in cui "una o più" amministrazioni dispongono dei voti o dei poteri indicati nel codice civile.

A questa autonoma e peculiare ipotesi viene, poi, a sommarsi l'autonoma ed alternativa fattispecie indicata al secondo periodo della lett. b) dell'art. 2 del testo unico, del controllo avente fonte in norme di legge, statutarie o di patti parasociali che, per le decisioni sociali strategiche, richiedono il consenso unanime di tutti i soci.

D'altra parte tale lettura, fondata sul dato letterale dell'art. 2 del TUSP, appare anche funzionale all'obiettivo del legislatore, emergente da una lettura sistematica del

decreto, di assoggettare le società a controllo pubblico a disposizioni più stringenti rispetto a quelle rivolte agli organismi a mera partecipazione.

Detta interpretazione evita quindi, in conformità alla ratio normativa, che le società a capitale pubblico frazionato (molto comuni nell'ambito dell'espletamento dei servizi pubblici locali) possano strumentalmente sottrarsi all'applicazione delle disposizioni dettate, per esempio, in materia di amministratori e dipendenti (artt. 11, 19 e 25 TUSP) nei confronti delle (sole) "società a controllo pubblico", eccettuando l'assenza di norme di legge, statutarie o di patti di sindacato fra i soci pubblici esplicitanti e delimitanti le modalità di esercizio del controllo.

Tali conclusioni sono state fatte incidentalmente proprie anche dalla deliberazione della Sezione delle autonomie n. 27/2017/FRG e analoghe argomentazioni possono trarsi dalla deliberazione ANAC n. 1134/2017, che, nell'aggiornare le 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 da pubbliche amministrazioni, precisa che rientrano fra le società a controllo pubblico anche quelle a controllo congiunto, ossia le società in cui il controllo, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, è esercitato da una pluralità di amministrazioni.

Deve essere risarcito il danno morale al Consigliere Comunale illegittimamente dichiarato incompatibile

Un consigliere comunale adiva, ai sensi degli artt. 22 del d.lgs. 150 del 2011 e 702 bis c.p.c., il Tribunale civile per sentir dichiarare l'insussistenza della causa d'incompatibilità dalla carica di consigliere

deliberata dall'organo comunale e per ottenere la condanna del Comune al risarcimento del danno non patrimoniale per l'ingiusta esclusione dal Consiglio comunale.

A seguito di detta azione, il Tribunale adito ritenne sussistente l'esimente di cui al comma 3 dell'art. 63, in quanto la pubblicazione da parte dell'ex consigliere di un manifesto dal titolo "tutti i cittadini devono sapere", da cui era scaturita l'azione a tutela della reputazione del Comune nei confronti del Consigliere comunale, doveva ritenersi fatto connesso con l'esercizio del mandato. Per l'effetto il Tribunale, annullato ogni provvedimento, dispose l'immediata reintegrazione del consigliere e condannò il Comune al risarcimento del danno, liquidato in € 5.000,00.

Anche in sede di Appello il giudizio non venne riformato ed anzi il Giudice di secondo grado evidenziò come il risarcimento del danno dovesse ritenersi provato, anche sulla base di nozioni di comune esperienza, in quanto derivante dalla privazione del diritto-dovere di esercitare la carica, confermando la liquidazione equitativa effettuata dal Tribunale e non specificamente contestata.

Il giudizio giunge così innanzi alla Suprema Corte di Cassazione, ove il Comune censura nuovamente la statuizione di condanna al risarcimento del danno.

Anche qui, però, viene confermata la condanna dell'Ente per il danno cagionato.

La sentenza di secondo grado non si è discostata, infatti, dall'orientamento consolidato della Corte di Cassazione secondo cui "il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato" (sent. Sez. un. n.

26972 del 2008; v. inoltre, Cass. nn. 7211 del 2009 e 2226 del 2012; 21865 del 2013), ma ne ha piuttosto ritenuta espressamente

provata la sussistenza in riferimento alla "privazione del diritto-dovere di esercitare la carica di consigliere comunale, benchè eletto e senza che vi fossero cause d'incompatibilità a tale esercizio" ed in riferimento alle regole di comune esperienza, sottolineando la comprensibile frustrazione dell'amministratore pubblico cui è stato impedito l'esercizio del mandato proprio in ragione delle modalità con cui lo ha esercitato.

Pertanto, alla reintegrazione del consigliere seguirà anche il risarcimento del danno da parte del Comune.

La sopraelevazione che non risulta antisismica deve essere demolita anche se era stata oggetto di condono

Dopo che nei due gradi di giudizio di merito era stata disposta la demolizione di un'abitazione sopraelevata su un lastrico condominiale perché realizzata in violazione della normativa antisismica, i proprietari dell'immobile ricorrono in Cassazione per vedere riformata la sentenza di appello con cui era stata disposta la rimessa in pristino.

Per quanto qui più interessa, il ricorrente lamenta innanzi alla Suprema Corte la violazione, da parte della Corte d'Appello, degli artt. 31 e 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 non avendo questa tenuto conto che il loro dante causa aveva presentato domanda di condono ai sensi della citata legge e che sulla stessa si era formato il silenzio-assenso, con la conseguenza che il corpo di fabbrica di cui era stata prescritta la demolizione avrebbe dovuto essere qualificato come legittimo.

La Cassazione non condivide, però, tale prospettazione, sottolineando che, se anche la costruzione sopraelevata fosse stata "condonata", la relativa circostanza non avrebbe comunque avuto rilevanza ai

fini della valutazione della fondatezza dell'azione proposta dai condomini, avendo la giurisprudenza della Corte (cfr., tra le tante, Cass. n. 10082/2013) chiarito che l'art. 1127, secondo comma, c.c., il quale fa divieto al proprietario dell'ultimo piano dell'edificio condominiale di realizzare sopraelevazioni precluse dalle condizioni statiche del fabbricato e consente agli altri condomini di agire per la demolizione del manufatto eseguito in violazione di tale limite, impedisce altresì di costruire sopraelevazioni che non osservino le specifiche disposizioni dettate dalle leggi antisismiche, fondandosi la necessità di adeguamento alla relativa normativa tecnica su una presunzione di pericolosità, senza che abbia rilievo, ai fini della valutazione della legittimità delle opere sotto il profilo del pregiudizio statico, il conseguimento della concessione in sanatoria relativa ai corpi di fabbrica elevati sul terrazzo dell'edificio, atteso che tale provvedimento prescinde da un giudizio tecnico di conformità alle regole di costruzione.

In ogni caso viene ribadito il principio secondo cui la (eventuale) sanatoria o il condono degli illeciti urbanistici, inerendo al rapporto fra P.A. e privato costruttore, esplicano i loro effetti soltanto sul piano dei rapporti pubblicistici - amministrativi, penali e/o fiscali - e non hanno alcuna incidenza nei rapporti fra privati, lasciando impregiudicati i diritti dei privati confinanti derivanti dalla eventuale violazione delle distanze legali o degli altri limiti legali di vicinato previsti dal codice civile e dalle norme regolamentari integratrici dello stesso codice (v. Cass. Sez. U. n. 11260/1992; Cass. n. 12966/2006 e Cass. n. 3031/2009).

Quanto, poi, alla disposta demolizione la Corte precisa che l'inosservanza delle norme antisismiche comporta il diritto alla riduzione in pristino non solo quando risultino violate norme integrative di quelle previste dall'art. 873 c.c. e segg. in materia di distanze, ma anche quando emerga una concreta lesione o il pericolo attuale di una

lesione all'integrità materiale del bene oggetto di proprietà, ovvero si sia verificata la violazione di altra specifica disposizione delimitativa della sfera delle proprietà (in senso ampio) contigue, che conceda in via autonoma la tutela diretta.

In particolare, l'attualità del pericolo di danno deve valutarsi non già in riferimento allo stato asismico, bensì in relazione alla possibilità, sempre incombente nelle zone sismiche, di un movimento tellurico, sicché dalla inosservanza delle prescrizioni tecniche dettate per prevenire le conseguenze dannose del sisma deve desumersi una presunzione di instabilità della costruzione realizzata, e, quindi, una situazione di pericolo permanente, da rimuovere senza indugio alcuno (cfr. Cass. n. 2335/1981; Cass. n. 5024/1991 e, più recentemente, Cass. n. 24141/2007).

Danno erariale per la pubblicazione di un piano di razionalizzazione delle partecipate incompletosolo in presenza di una colpa grave

Viene chiesta alla Corte dei conti per la Regione Toscana la condanna di un segretario comunale, in qualità di responsabile pro tempore della trasparenza di un comune, al pagamento del danno erariale per l'omesso adempimento degli obblighi di comunicazione nel piano di razionalizzazione delle partecipazioni.

Più precisamente la Procura, dopo aver rilevato che non era stata data evidenza a 50.000 euro investiti dal Comune attraverso una società da questo partecipata e controllata in una Banca di credito cooperativo, contesta la pubblicazione di un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie possedute dall'ente incompleto e parziale.

In conseguenza, la Procura prospetta il

danno all'immagine dell'Amministrazione di cui all'art. 46, c.1, D.Lgs. 33/2013 quantificato, in via equitativa ed in base ai parametri di cui al successivo art. 47, in € 2.500,00.

Il Segretario convenuto eccepisce però, da un lato, di aver adempiuto all'obbligo di pubblicare il piano di razionalizzazione e, dall'altro, che non era stato edotto di tale partecipazione indiretta ma di esserne venuto a conoscenza solo a seguito delle interrogazioni dei consiglieri comunali, e ciò in quanto il report sulle società partecipate, in cui risulterebbe l'acquisto della richiamata partecipazione indiretta sarebbe del 2012, mentre la sua nomina presso il Comune è datata 2013.

La Corte ritiene, con la sentenza n. 5/2018, di poter mandare assolto il Segretario convenuto poichè, pur essendo stato integrato nella fattispecie l'elemento materiale dell'illecito, dato che il segretario non aveva correttamente pubblicato un piano di razionalizzazione completo, non ha reputato ascrivibile allo stesso l'elemento soggettivo della colpa grave in quanto, oltre al fatto che dalla visura della Camera di commercio non risultava la partecipazione nella banca e, quindi, quella indiretta del Comune, in ogni caso una parziale pubblicazione non appare equiparabile ad un'omessa pubblicazione del piano su cui esiste, peraltro, una specifica competenza dell'organo politico.

Per la Sezione adita, la misura della condotta (diligente, perita e prudente) su cui il legislatore ha riposto l'affidamento per prevenire ed evitare il rischio di conseguenze patrimoniali negative per l'erario, e l'accertamento, in concreto, del grado di esigibilità della condotta normativamente prevista in ragione delle condizioni concrete della gestione (cfr., ex plurimis, Sez. III Centr. 6 settembre 2017 n. 428), permettono di affermare l'assenza della colpa grave in capo al responsabile della condotta.