

Civile Ord. Sez. U Num. 7645 Anno 2020

Presidente: MAMMONE GIOVANNI

Relatore: GIUSTI ALBERTO

Data pubblicazione: 01/04/2020

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al N.R.G. 6810-2019 proposto da:

DALLOCCHIO Maurizio, rappresentato e difeso dagli Avvocati Vincenzo Mariconda, Mario Nuzzo, Antonio Palmieri e Giovanni Ponti, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Mario Nuzzo in Roma, via Cassiodoro, n. 9;

- ricorrente -

contro

PROCURA REGIONALE PER IL LAZIO DELLA CORTE DEI CONTI;

- intimata -

e nei confronti di

ZONGOLI Leonardo;

- intimato -

143
2020



per regolamento preventivo di giurisdizione nel giudizio pendente dinanzi alla Sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei conti.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 25 febbraio 2020 dal Consigliere Alberto Giusti;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Paola Mastroberardino, che ha chiesto dichiararsi la giurisdizione della Corte dei conti.

FATTI DI CAUSA

1. – Facendo seguito ad un ricorso per sequestro conservativo *ante causam*, la Procura regionale per il Lazio della Corte dei conti, con atto di citazione notificato in data 21 gennaio 2019 congiuntamente al pedissequo decreto di fissazione dell'udienza, ha convenuto in giudizio dinanzi alla Sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei conti il prof. Maurizio Dallochio per rispondere di danno erariale in concorso con il dott. Leonardo Zongoli, per avere, il primo in veste di consigliere esperto in materia finanziaria e il secondo di direttore generale della Fondazione Ente nazionale di previdenza e assistenza dei medici e degli odontoiatri – ENPAM, cagionato al patrimonio della Fondazione un danno complessivo di oltre 65 milioni di euro.

Il danno erariale addebitato ai convenuti è relativo alla gestione da parte di ENPAM di investimenti finanziari con perdite rilevanti a carico del bilancio dell'Ente previdenziale. I plurimi e continuati investimenti finanziari a notevolissimo rischio sarebbero violativi, secondo la Procura regionale, di norme dello statuto dell'Ente, del principio prudenziale nella gestione degli investimenti e di delibere del consiglio di amministrazione inerenti i parametri d'investimento.

In particolare, la Procura contabile ha contestato ai convenuti le seguenti cinque fattispecie di danno: 1) commissioni liquidate agli *advisors* per i titoli CDO – *Collateralized Debt Obligation* per euro

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



43.678.532; 2) spese legali per la rinegoziazione dei titoli CDO per euro 761.109,38; 3) spese legali inerenti ad azioni di rivalsa nei confronti delle banche emittenti i titoli CDO per euro 3.148.985,82; 4) minusvalenza realizzata in bilancio a seguito della dismissione dei titoli Saphir e dei titoli Anthracite per euro 17.590.641,74; 5) spese legali attinenti la negoziazione dei titoli Lehman Brothers per euro 619.967,06.

2. – A sostegno della giurisdizione della Corte dei conti, l'atto di citazione del pubblico ministero contabile rileva che l'ENPAM, anche se costituisce una fondazione di diritto privato, svolge una attività di natura pubblica ed è sottoposto sia alla vigilanza del Ministero del lavoro e del Ministero dell'economia che al controllo della Corte dei conti, secondo quanto previsto dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509. Sottolinea, inoltre, che la giurisdizione contabile consegue all'obbligo di applicazione alle Casse previdenziali della normativa degli appalti pubblici, in qualità di organismi di diritto pubblico, e discende dall'inserimento delle medesime Casse nel conto economico consolidato, ai sensi dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Pertanto, secondo la Procura regionale, il notevolissimo danno arrecato al bilancio dell'ENPAM costituirebbe un danno all'erario.

3. – Ricevuta la notificazione dell'atto di citazione, con udienza fissata per la trattazione del giudizio di merito per il giorno 16 maggio 2019, Maurizio Dallochio, con atto notificato il 20 e il 26 febbraio 2019, ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo dichiararsi il difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

Ad avviso del ricorrente, non può astrattamente configurarsi, nella condotta attribuita al Dallochio, un danno all'erario, avendo essa prodotto, in ipotesi, un pregiudizio a carico del bilancio dell'ENPAM, vale a dire di un ente che, con il d.lgs. n. 509 del 1994, è stato trasformato in una fondazione di diritto privato, dotata di autonomia giu-



ridica e patrimoniale e che non si avvale di finanziamenti pubblici. L'attività pubblica esercitata dall'ENPAM non potrebbe ritenersi motivo sufficiente per affermare che l'eventuale pregiudizio arrecato alla Fondazione possa essere qualificato come danno erariale.

Il difetto assoluto di giurisdizione della Corte dei conti discenderebbe anche dal principio di insindacabilità, nel merito, delle scelte discrezionali assunte dagli amministratori tanto di enti pubblici quanto (come nella specie) di organismi di diritto privato. Il ricorrente richiama il contenuto della *business judgement rule* e deduce che il *petitum* sotteso al complessivo impianto accusatorio sviluppato dalla Procura si risolverebbe in censure dirette a sollecitare un sindacato in merito all'opportunità e alla ragionevolezza delle decisioni di investimento che sono state adottate dagli amministratori della Fondazione nel quadro delle diverse ed ampie opzioni messe a loro disposizione dallo statuto e dalle relative delibere di indirizzo.

4. - Il ricorso per regolamento preventivo è stato avviato alla trattazione camerale sulle base delle conclusioni scritte, ai sensi dell'art. 380-ter cod. proc. civ., del pubblico ministero, che ha chiesto dichiararsi la giurisdizione della Corte dei conti.

Secondo l'Ufficio della Procura generale della Corte di cassazione, la struttura giuridica dell'ENPAM quale fondazione di diritto privato all'indomani della trasformazione degli enti previdenziali attuata con il d.lgs. n. 509 del 1994 e la natura privata dei rapporti di lavoro sorti successivamente alla privatizzazione, non inciderebbero sulle funzioni pubbliche svolte dall'Ente, deputato ad assicurare prestazioni assistenziali e previdenziali in favore degli iscritti, dei loro familiari e superstiti nonché a realizzare ulteriori iniziative non lucrative di analoga natura.

Vi sarebbero specifici e convergenti connotati pubblicistici dell'ENPAM, destinati ad assumere rilievo decisivo, e comunque prevalente, rispetto alla struttura privatistica della Fondazione e

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



all'assenza di finanziamenti pubblici diretti o indiretti. Oltre alla circostanza che il patrimonio inizialmente conferito all'Ente all'atto della trasformazione è indiscutibilmente pubblico, rileverebbero i seguenti elementi: l'obbligatorietà della contribuzione da parte degli iscritti; la perseguita funzione di previdenza e assistenza obbligatorie; le plurime disposizioni legali ispirate alla rigorosa protezione del patrimonio, proprio in quanto destinato a garantire le prestazioni di assistenza e previdenza pubblica a favore degli iscritti; la sottoposizione delle delibere sui bilanci e soprattutto sui criteri di individuazione e ripartizione del rischio nella scelta degli investimenti alla vigilanza ministeriale; la previsione espressa dell'assoggettamento della gestione dell'ente al controllo della Corte dei conti; il carattere vincolato del patrimonio e degli investimenti, funzionale in via esclusiva ad erogare le prestazioni istituzionali.

Ad avviso del pubblico ministero, compromettere la garanzia dei trattamenti assistenziali e previdenziali (tra cui si annovera quello pensionistico) in favore dell'ampia categoria degli iscritti si tradurrebbe nel pregiudicare l'assolvimento di una funzione pubblica che l'Ente svolge in luogo dello Stato, il quale proprio per preservare la destinazione del patrimonio ha apprestato ampi e stringenti strumenti di tutela.

Né verrebbe in gioco l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali degli amministratori: sia perché l'azione di responsabilità in concreto esperita è stata basata sulla violazione di precise disposizioni – di origine legale, statutaria e interna –, tutte espressive del principio prudenziale negli investimenti; sia perché sugli amministratori dell'ENPAM – non equiparabili agli organi gestori di una società privata – grava l'obbligo di attenersi ad una attenta gestione delle risorse che rispetti in modo più che rigoroso i criteri indicati dalla legge, ribaditi dallo statuto ed attuati dalle delibere dell'Ente.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



5. – In prossimità della camera di consiglio il ricorrente ha depositato una memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – Il ricorso per regolamento preventivo pone la questione se spetti alla Corte dei conti la giurisdizione in tema di risarcimento del danno cagionato alla Fondazione Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei medici e degli odontoiatri – ENPAM da un amministratore a seguito di condotte poste in essere in dedotta violazione di norme espressive del principio prudenziale negli investimenti dell'Ente previdenziale.

2. – Occorre premettere che la Corte dei conti ha giurisdizione nei giudizi di responsabilità amministrativa per danno all'erario (art. 1, comma 2, del codice di giustizia contabile, approvato con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174).

2.1. – La giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità degli amministratori o dipendenti di enti pubblici è ancorata alla compresenza di due elementi, qualificanti la nozione di contabilità pubblica: uno soggettivo, che attiene alla natura pubblica del soggetto – ente od amministrazione – al quale l'agente sia legato da un rapporto di impiego o di servizio; l'altro oggettivo, che riflette la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale si è verificato l'evento, fonte di responsabilità (Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2003, n. 19667).

La giurisprudenza ha precisato 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 proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato; con la conseguenza che il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte dei conti è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferi-



mento – pubblico o privato – nel quale si colloca la condotta produttiva del danno (Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2018, n. 2584).

Questa Corte regolatrice ha inoltre sottolineato che la responsabilità amministrativa per danno erariale postula una relazione funzionale tra il presunto autore dell'illecito e l'amministrazione pubblica: relazione che non implica necessariamente un rapporto di impiego in senso proprio, essendo sufficiente un rapporto di servizio nella sua accezione, appunto, di relazione funzionale che rende l'autore del danno compartecipe dell'operato dell'amministrazione o dell'ente (Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2015, n. 473). Tale rapporto di servizio sussiste allorché un ente privato esterno all'amministrazione venga incaricato di svolgere, nell'interesse e con le risorse di quest'ultima, un'attività o un servizio pubblico in sua vece, inserendosi in tal modo nell'apparato organizzativo della P.A, mentre è irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi secondo gli schemi generali previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto o in parte (Cass., Sez. Un., 30 agosto 2019, n. 21871).

Con riferimento, poi, al danno al patrimonio di una società a partecipazione pubblica conseguente a *mala gestio* da parte degli amministratori (o componenti dell'organo di controllo) e dei dipendenti, si è chiarito che esso non è qualificabile in termini di danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della detta società sia socio, atteso che la distinzione tra la società di capitali e i singoli soci e la piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente, né di configurare un rapporto di servizio tra l'ente

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



medesimo e l'agente; pertanto, la domanda con la quale si fa valere la responsabilità degli organi sociali resta generalmente devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806; Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2017, n. 30978; Cass., Sez. Un., 11 settembre 2019, n. 22712), mentre la giurisdizione della Corte dei conti è ravvisabile eccezionalmente nelle due specifiche fattispecie delle società *in house* (Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22409; Cass., Sez. Un., 21 giugno 2019, n. 16741; Cass., Sez. Un., 20 febbraio 2020, n. 4316) e delle società legali (Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2009, n. 27092; Cass., Sez. Un., 3 marzo 2010, n. 5032; Cass., Sez. Un., 9 luglio 2014, n. 15594), caratterizzate, rispettivamente, da una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa P.A. (cui è immanente il rapporto di servizio tra quest'ultima e gli amministratori e dipendenti della società) e da uno statuto speciale che consente di qualificarle come sostanziali enti pubblici.

3. – Assodato che il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile è rappresentato dall'evento dannoso a carico di una pubblica amministrazione (Cass., Sez. Un., 14 aprile 2011, n. 8492), si tratta a questo punto di stabilire se la Fondazione ENPAM sia o meno, ai fini della configurabilità del danno erariale e della giurisdizione della Corte dei conti, un'amministrazione pubblica.

4. – A tale quesito deve darsi risposta positiva.

5. – L'Ente nazionale di previdenza ed assistenza medici – ENPAM è stato trasformato in fondazione senza scopo di lucro e con personalità giuridica di diritto privato, con la denominazione di Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei medici e degli odontoiatri – Fondazione ENPAM.

In particolare, con l'art. 1, commi 32 e 33, lettera a), punto 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, era stata conferita delega al Governo per riordinare e sopprimere enti pubblici di previdenza ed

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



assistenza, ed era stata prevista la possibilità di privatizzare – nelle forme dell’associazione o della fondazione – gli enti che non usufruissero di finanziamenti pubblici, con garanzie di autonomia gestionale, organizzativa e contabile, ferme restandone le finalità istitutive e l’obbligatoria iscrizione e contribuzione agli stessi degli appartenenti alle categorie di personale a favore dei quali essi risultano istituiti.

In attuazione di tale delega, l’art. 1 del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, ha contemplato siffatto tipo di trasformazione («Gli enti trasformati continuano a sussistere come enti senza scopo di lucro e assumono la personalità giuridica di diritto privato, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile»: art. 1, comma 2), condizionandolo all’assenza di finanziamenti pubblici ed esplicitamente sottolineando la continuità della collocazione dell’ente nel sistema.

La trasformazione dell’ENPAM operata dal d.lgs. n. 509 del 1994, pur avendo inciso sulla forma giuridica dell’ente e sulle modalità organizzative delle sue funzioni, non ha modificato il carattere pubblicistico dell’attività istituzionale di previdenza ed assistenza, che mantiene una funzione strettamente correlata all’interesse pubblico di assicurare dette prestazioni sociali a particolari categorie di lavoratori (Corte cost., sentenza n. 7 del 2017). Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di affermare che “dal quadro così tracciato [dalla riforma] emerge che la suddetta trasformazione ha lasciato immutato il carattere pubblicistico dell’attività istituzionale di previdenza ed assistenza svolta dagli enti, articolandosi invece sul diverso piano di una modifica degli strumenti di gestione e della differente qualificazione giuridica dei soggetti stessi: l’obbligo contributivo costituisce un corollario, appunto, della rilevanza pubblicistica dell’inalterato fine previdenziale. L’esclusione di un intervento a carico della solidarietà generale consegue alla stessa scelta di trasformare gli enti, in quanto implicita nella premessa che nega il finanziamento



pubblico o altri ausili pubblici di carattere finanziario” (Corte cost., sentenza n. 248 del 1997).

Gli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 509 del 1994 evidenziano, d'altra parte, numerosi ed incisivi momenti di vigilanza e controllo nell'attività gestionale, organizzativa e contabile dell'Ente previdenziale privatizzato.

Dell'esistenza di un'evidente influenza è espressione, in particolare, la previsione di un potere di vigilanza affidato al Ministero del lavoro e della previdenza sociale, unitamente al Ministero dell'economia e delle finanze. Nell'esercizio della vigilanza, il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, approva lo statuto e i regolamenti della Fondazione nonché le delibere in materia di contributi e prestazioni. Il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze, può formulare motivati rilievi sui bilanci preventivi e i conti consuntivi, sulle note di variazione al bilancio di previsione, sui criteri di individuazione e di ripartizione del rischio nella scelta degli investimenti e sulle delibere contenenti criteri direttivi generali. Nel collegio dei sindaci della Fondazione deve essere assicurata la presenza di rappresentanti delle predette Amministrazioni.

A sua volta, la Corte dei conti è chiamata ad esercitare il controllo generale sulla gestione, da parte della Fondazione, delle assicurazioni obbligatorie, per assicurarne la legalità e l'efficacia, e a riferirne annualmente al Parlamento (art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 509 del 1994).

Viene altresì in evidenza la disposizione (l'allegato IV del codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; e, prima ancora, l'allegato III del codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) che qualifica la Fondazione EN-PAM come organismo di diritto pubblico. E sebbene la detta qualificazione sia destinata a rilevare sul piano della disciplina di derivazione



comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica e a garantire la massima concorrenza tra operatori economici (cfr. Cass., Sez. Un., 9 marzo 2012, n. 3692, in fattispecie riguardante Poste Italiane s.p.a.), non v'è dubbio che l'applicazione delle regole in materia di contratti pubblici è altresì funzionale ad una maggiore attenzione alla gestione delle "risorse pubbliche", consentendo all'ente aggiudicatore di individuare il miglior operatore economico, in una logica anche di trasparenza e di spesa più efficiente.

Con riguardo, poi, all'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, il permanere di connotati pubblicistici è avvalorato dall'inserimento dell'ENPAM nell'elenco delle amministrazioni pubbliche comprese nel conto economico consolidato, individuate ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e successive modificazioni.

Sotto questo profilo, è opportuno sottolineare che l'elenco delle amministrazioni pubbliche appartenenti al conto economico consolidato previsto dall'art. 1, comma 3, della citata legge n. 196 del 2009 è stato istituito – come ha ricordato la Corte costituzionale (sentenza n. 7 del 2017, cit.) – in attuazione di precisi obblighi comunitari sulla base di norme classificatorie e definitorie proprie del sistema statistico nazionale ed europeo, ai sensi del regolamento CE n. 2223/96 del Consiglio del 25 giugno 1996, modificato dal regolamento UE 549/2013 relativo al «Sistema Europeo dei Conti Nazionali e Regionali nell'Unione Europea» (SEC2010). I criteri utilizzati per la classificazione sono di natura statistico-economica. Tale regolamento è servente alla definizione delle politiche dell'Unione europea ed al monitoraggio delle economie degli Stati membri e dell'Unione economica e monetaria (UEM), i quali «richiedono informazioni comparabili, aggiornate e affidabili sulla struttura dell'economia e l'evoluzione della situazione economica di ogni Stato membro o regione» (considerando n. 1 del regolamento UE n. 549/2013). L'ENPAM è classificato, secon-



do l'allegato A (Capitolo 2 «Unità e insiemi di unità» – I settori istituzionali – Amministrazioni pubbliche S.13) del regolamento UE n. 549/2013, nel sottosettore S.1314, afferente agli «Enti di previdenza e assistenza sociale» (2.117), il quale «comprende le unità istituzionali centrali, di Stati federati e locali, la cui attività principale consiste nell'erogare prestazioni sociali che rispondono ai seguenti due criteri: a) in forza di disposizioni legislative o regolamentari determinati gruppi della popolazione sono tenuti a partecipare al regime o a versare contributi; b) le amministrazioni pubbliche sono responsabili della gestione dell'istituzione per quanto riguarda la fissazione o l'approvazione dei contributi e delle prestazioni, a prescindere dal loro ruolo di organismo di sorveglianza o di datore di lavoro».

La nuova configurazione dell'ENPAM, trasformato in fondazione con personalità giuridica di diritto privato con autonomia gestionale, organizzativa e contabile, non ne ha intaccato, dunque, gli essenziali connotati pubblicistici.

Rileva l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 509 del 1994, ai cui sensi «Gli enti trasformati continuano a svolgere le attività previdenziali e assistenziali in atto riconosciute a favore delle categorie di lavoratori e professionisti per le quali sono stati originariamente istituiti, ferma restando la obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione».

Le risorse della Fondazione sono assicurate *iure imperii* dall'ordinamento generale in base ad obblighi imposti da norme di diritto pubblico. L'esclusione di un intervento a carico della solidarietà generale consegue alla stessa scelta di trasformare l'Ente, in quanto implicita nella premessa che nega finanziamenti pubblici diretti o indiretti; ma l'obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione – espressione della solidarietà interna ai professionisti, a vantaggio dei quali l'Ente è stato istituito – consente di convogliare risorse economiche in favore della Fondazione in adempimento di obbligazioni *ex lege* cui i soggetti interessati non possono liberamente sottrarsi.



6. – Considerata isolatamente, ciascuna di siffatte peculiarità potrebbe non essere ritenuta sufficiente a smentire la natura esclusivamente privata di un ente che dal sistema normativo è qualificato come fondazione di diritto privato.

Sennonché, quae singula non prosunt collecta iuvant.

Proprio l'insieme e l'intrinseca reciproca connessione delle suaccennate peculiarità legali – trattandosi di verificare la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in tema di azione di responsabilità esercitabile nei confronti degli organi e dipendenti dell'ENPAM, ed avuto riguardo alle finalità di pubblica tutela per le quali il legislatore ha istituito quella speciale giurisdizione – vale a persuadere che la trasformazione operata dal d.lgs. n. 509 del 1994 ha lasciato immutato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza svolta dall'ENPAM.

L'Ente svolge una attività pubblica che si colloca nel quadro dell'art. 38 Cost., che prevede la funzione di previdenza e di assistenza obbligatoria e lo svolgimento di questo compito attraverso organi od istituti predisposti o integrati dallo Stato. La privatizzazione dell'Ente rappresenta una innovazione di carattere essenzialmente organizzativo.

7. – In questa prospettiva è pertinente il richiamo – puntualmente effettuato dal pubblico ministero nelle sue conclusioni scritte – alla giurisprudenza di questa Corte che ha ritenuto assoggettabili alla giurisdizione della Corte dei conti le società legali, caratterizzate da uno statuto speciale che consente di qualificarle come sostanziali enti pubblici.

Si è infatti statuito (Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2009, n. 27092, cit.) che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione in tema di risarcimento del danno cagionato alla RAI – Radio televisione italiana s.p.a., da componenti del consiglio d'amministrazione e da dipendenti di tale società e degli enti pubblici azionisti, in relazione alla nomina del di-

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ag



rettore generale e al trattamento economico dello stesso e degli ex direttori generali; la RAI, infatti, nonostante la veste di società per azioni (peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici), ha natura sostanziale di ente pubblico, con uno statuto assoggettato a regole legali, per cui essa è: designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo; sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare; destinataria di un canone d'abbonamento avente natura di imposta; compresa tra gli enti sottoposti al controllo della Corte dei Conti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti.

In questa stessa prospettiva, si è ribadito (Cass., Sez. Un., 3 marzo 2010, n. 5032, cit.) – con riferimento ai danni arrecati all'ENAV s.p.a. – che al fine di accertare se sussista, o meno, la giurisdizione della Corte dei conti è irrilevante la circostanza che l'Azienda autonoma di assistenza al volo sia stata trasformata dalla legge 17 maggio 1999, n. 35, in società per azioni, giacché: nella specie la totalità delle azioni dell'ENAV è dello Stato; molte attività dell'ENAV sono svolte – *ex lege* – con oneri totalmente a carico dello Stato; l'Ente presta un servizio pubblico essenziale; la Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione finanziaria dell'Ente con le modalità previste dall'art. 12 della legge 21 marzo 1958, n. 259; all'ENAV si applicano gli artt. 25 e 30 della legge 5 agosto 1978, n. 468 (in tema di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio).

Espressione del medesimo indirizzo è Cass., Sez. Un., 9 luglio 2014, n. 15594, cit., secondo cui spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità promossa nei confronti degli organi e dei dipendenti dell'ANAS s.p.a., poiché la sua trasformazione in società per azioni non ne ha modificato gli essenziali connotati pubblicistici, essendosi tradotta nella mera adozione di una formula orga-



nizzativa corrispondente a quella della società azionaria; né, del resto, il regime legale che la regola comporta la sua assimilabilità ad una società azionaria di diritto privato, atteso che, da un lato, la stessa è stata istituita con atto normativo e il relativo statuto è stato approvato con decreto ministeriale, mentre, dall'altro, è titolare di diritti il cui esercizio è condizionato dall'esistenza di concerto ministeriale, restando destinataria di entrate derivanti dall'utilizzazione di beni demaniali oltre che di funzioni pubbliche inerenti alle strade statali, con il correlato esercizio di potestà autoritative e con il diritto a fruire del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

In tutti questi casi la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha riconosciuto che l'istituzione danneggiata, ancorché si presenti all'esterno secondo un modello organizzativo privatistico, è sostanzialmente una pubblica amministrazione, il che è sufficiente a giustificare la configurabilità del danno erariale e la giurisdizione della Corte dei conti, che ha garanzia costituzionale.

8. – Le stesse ragioni che hanno indotto queste Sezioni Unite a ritenere configurabile la giurisdizione della Corte dei conti per i danni cagionati alle società legali RAI, ENAV e ANAS, ricorrono per la Fondazione ENPAM.

8.1. – D'altra parte, nel corso degli ultimi anni la nozione di pubblica amministrazione si è progressivamente frantumata e relativizzata.

Come ha sottolineato la dottrina, l'ingresso di nuovi soggetti, l'ampliamento delle funzioni svolte dagli apparati amministrativi e, soprattutto, il carattere flessibile della nozione di ente pubblico hanno mutato l'assetto tradizionale: se prima la pubblica amministrazione evocava l'immagine di un pianeta con i suoi satelliti (l'amministrazione statale, in posizione di centralità, con gli altri enti pubblici che le gravitavano intorno), oggi essa ha invece assunto le sembianze di una costellazione multilivello e policentrica.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



Questa trasformazione, dalla pubblica amministrazione alle pubbliche amministrazioni, è rispecchiata nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale: con il legislatore che via via sottopone, con espresse disposizioni, soggetti formalmente privati a regole pubblicistiche, e con il formante giurisprudenziale pronto a riconoscere, dando rilievo a dati sostanziali e funzionali, natura pubblicistica a soggetti formalmente privati, al fine di assoggettarli in tutto o in parte ad un regime di diritto pubblico.

La giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660), a sua volta, ha chiarito che la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può ritenersi fissa ed immutabile: il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini non ne implica automaticamente la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione: "al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico; si ammette ... senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica".

9. – In conclusione, il pregiudizio arrecato al patrimonio della Fondazione ENPAM è un danno a risorse pubbliche, e dunque un danno erariale, la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti, perché – quantunque trasformato in fondazione con personalità giuridica di diritto privato e con autonomia gestionale, organizzativa e contabile – l'Ente ha mantenuto un carattere pubblicistico, essendo chiamato a svolgere l'attività istituzionale (che si colloca nel quadro tutelato dall'art. 38 Cost.) di previdenza ed assistenza obbligatoria in favore di una particolare categoria di lavoratori, alla quale si accompagna l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione da parte degli iscritti, e come tale è sottoposto ad una penetrante vigi-



lanza ministeriale e al controllo della Corte dei conti, è qualificato organismo di diritto pubblico e compreso tra le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato.

10. – Si tratta di conclusione in linea con la giurisprudenza penale di questa Corte (Cass., Sez. VI pen., 17 febbraio 2016, n. 23236, imp. Billè ed altri), la quale, nell'affermare che il presidente della Fondazione ENASARCO (ente anch'esso trasformato in persona giuridica di diritto privato a seguito del d.lgs. n. 509 del 1994) riveste la qualità di pubblico ufficiale, non ha mancato di sottolineare:

- che la trasformazione in fondazione di diritto privato "rileva solo sul piano della gestione perché l'ente continua a perseguire finalità di pubblico interesse, occupandosi della previdenza integrativa (a contribuzione obbligatoria) degli associati, imponendo tassazione ed erogando un servizio pubblico di previdenza e assistenza con la correlata vigilanza ministeriale e il controllo della Corte dei conti; fruisce di un sistema di finanziamento tramite pubbliche risorse derivanti da quelle destinate a fini generali e connesso agli sgravi, alla fiscalizzazione degli oneri sociali e alla obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione garantiti agli enti previdenziali privatizzati; il suo patrimonio deriva dall'accumulazione delle imposte e dei contributi previdenziali pagati dagli obbligati per legge, che, poiché strumentale al servizio pubblico, anche se assunta nel patrimonio della fondazione, va gestita secondo il diritto pubblico";
- che in definitiva "l'ente è una pubblica amministrazione che si occupa dell'assicurazione obbligatoria per invalidità e vecchiaia rientrante nella 'previdenza sociale' che, ex artt. 38, quarto comma, Cost. e 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146, costituisce pubblico servizio";
- che "chi determina le scelte degli investimenti immobiliari di un ente a carattere previdenziale riveste la qualifica di pubblico uf-



ficiale e non quella di incaricato di pubblico servizio perché la sua attività è esercizio della funzione pubblica inerente al migliore utilizzo di risorse al servizio previdenziale, svolta dall'ente pubblico non economico, in cui solo il risultato finale assume le forme del diritto privato".

11. – Alla conclusione in questa sede raggiunta non è di ostacolo l'art. 1, comma 183, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, che ha escluso per gli enti di diritto privato di cui al d.lgs. n. 509 del 1994, tra cui l'ENPAM, l'applicabilità, a decorrere dall'anno 2020, delle norme di contenimento delle spese previste a carico degli altri soggetti inclusi nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, individuate dall'Istituto nazionale di statistica ai sensi dell'art. 1 della legge n. 196 del 2009, ferme restando, in ogni caso, le disposizioni vigenti che recano vincoli in materia di personale. Questa disposizione, infatti, non solo lascia ferma l'osservanza dei vincoli in materia di personale, ma detta una disciplina soltanto parzialmente derogatoria, che tuttavia presuppone il mantenimento dell'ENPAM tra le "amministrazioni pubbliche" inserite nel conto economico consolidato individuate ai sensi dell'art. 1 della legge n. 196 del 2009 (si veda, per una conferma in tal senso, il comunicato dell'ISTAT 30 settembre 2019, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 30 settembre 2019, n. 229, il quale reca l'elenco e continua ad includere l'ENPAM tra le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato).

12. – Né si pone come un precedente di segno diverso la recente Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2019, n. 32608, che ha enunciato il principio secondo cui ai fini dell'affermazione della giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipata da enti pubblici, dalla nozione di società *in house providing* sono escluse le società partecipate non già da una pubblica amministrazione come definita



dall'art. 2, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 175 del 2016, bensì da un soggetto – la Fondazione ENPAM – che, pur svolgendo un'attività pubblicistica ed essendo sottoposto alla vigilanza ministeriale e al controllo della Corte dei Conti, ha la qualificazione giuridica di ente privato e come tale opera all'esterno.

Questa pronuncia, infatti, non ha certo escluso la presenza di numerosi indici pubblicistici in capo alla Fondazione ENPAM, derivanti dalla funzione che essa è chiamata a svolgere; più semplicemente – in un caso in cui veniva in rilievo il danno cagionato dalla *mala gestio* del presidente e del direttore generale di una società (Enpam Sicura s.r.l.) con socio unico la Fondazione EMPAM – ha rilevato che la Fondazione non è compresa nell'ambito della definizione di amministrazione pubblica data dal testo unico approvato con il d.lgs. n. 175 del 2016 ai fini della disciplina delle società a partecipazione pubblica, pertanto escludendo che la nozione di società *in house*, come codificata nel citato testo unico, possa spingersi sino a ricomprendere società che non siano partecipate da una pubblica amministrazione secondo la definizione desumibile dal citato art. 2, comma 1, lettera a), che vi ricomprende «le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale».

13. – Né è pertinente il richiamo fatto dalla difesa del ricorrente all'ordinanza di queste Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 20 giugno 2012, n. 10132) che, con riferimento alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense, ente anch'esso privatizzato ex art. 1 del d.lgs. n. 509 del 1994, ha affermato che la natura "pubblica" dei contributi previdenziali dovuti dagli iscritti alla Cassa "non risulta rilevante ai fini di individuare il giudice cui la legge attribuisce la *potestas iudicandi* relativa perché quella natura (derivata dalla finalità della contribuzione) riguarda unicamente il rapporto previdenziale tra la



Cassa ed il proprio iscritto". Tale pronuncia, infatti, e l'affermazione in essa contenuta secondo cui "la giurisdizione tendenzialmente generale (ancorché secondo ambiti la cui concreta determinazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore) in materia di contabilità pubblica attribuita alla Corte dei conti riguarda ogni controversia inerente alla gestione di denaro di spettanza dello Stato o di enti pubblici da parte di un agente contabile e, quindi, suppone necessariamente la qualità pubblica del titolare del denaro gestito", non si riferiscono a un giudizio di responsabilità per danno erariale promosso dal procuratore regionale della Corte dei conti. Detta pronuncia concerne infatti una controversia tra la Cassa e l'agente di riscossione dei contributi degli iscritti, al quale era stato ingiunto con decreto monitorio di restituire i tributi non versati ma riscossi: controversia nella quale l'agente della riscossione aveva promosso il regolamento per vedere affermata la giurisdizione della Corte dei conti, richiamando la competenza generale riconosciuta dall'art. 103, secondo comma, Cost., in materia di contabilità pubblica e i giudizi ad istanza di parte ex art. 58 del regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038.

14. – La soluzione delineata appare coerente con Cass., Sez. Un., 8 settembre 2016, n. 17748, che ha statuito che l'Istituto di previdenza e assistenza per i dipendenti del Comune di Roma (IPA) si connota come un'amministrazione autonoma collegata a Roma Capitale e deputata alla tutela di un interesse pubblicistico ad essa riferibile, sicché il suo patrimonio deve essere gestito, indipendentemente dalla provenienza delle sue singole componenti, con criteri rispondenti alla migliore realizzazione di quell'interesse, senza poter essere utilizzato per altre ragioni. Ne consegue che le persone fisiche che rivestano cariche nei suoi organi di gestione o che siano membri del suo collegio dei revisori sono tenute, rispettivamente, onde non incorrere in responsabilità per danno erariale, ad amministrare quel patrimonio



uniformandosi ai doveri che ha un agente contabile e ad esercitare la vigilanza anche controllando che quei doveri vengano rispettati.

15. – Del pari infondato è il dedotto difetto di giurisdizione in ragione del principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dagli amministratori.

Nella fattispecie, infatti, il Procuratore regionale della Corte dei conti, con l'avviata azione di responsabilità per danno erariale, non ha certo inteso sollecitare il sindacato del giudice contabile su scelte proprie dell'amministrazione della Fondazione, ma ha censurato la condotta del convenuto perché posta in essere in violazione di norme espressive del principio prudenziale degli investimenti delle Casse previdenziali e, in particolare, dell'art. 8 dello statuto adottato dall'ENPAM nonché delle delibere del consiglio di amministrazione 24 settembre 2004, n. 66, e 28 giugno 2007, n. 33.

Così come prospettata, l'azione del pubblico ministero mira ad una valutazione da effettuare sulla condotta dell'amministratore secondo parametri di legittimità che la collocano all'interno della giurisdizione contabile e non esprimono un sindacato del merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione (cfr. Cass., Sez. Un., 5 aprile 2019, n. 9680).

Il ricorrente sostiene che lo statuto e le delibere dell'ENPAM lasciavano ampi margini di apprezzamento in ordine alla gestione degli investimenti; sottolinea che le scelte di investimento compiute risultavano, secondo una valutazione *ex ante*, del tutto ragionevoli; evidenzia che i Ministeri vigilanti e la stessa Corte dei conti in sede di controllo – pur esaminando periodicamente i bilanci redatti dalla Fondazione in cui erano riportati i titoli acquistati, con l'indicazione anche della categoria di appartenenza, e pur avendo ricevuto specifiche informative da parte di ENPAM in merito alla composizione del proprio portafoglio – non avevano mai avanzato perplessità in ordine alla ammissibilità degli investimenti compiuti.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



Si tratta, invero, di profili che riguardano, non la giurisdizione, ma la fondatezza della azione esercitata dal pubblico ministero della Corte dei conti. Compete infatti alla Corte dei conti – appartenendo al merito della proposta azione di responsabilità per danno erariale – accertare se la disciplina di settore (in particolare, l'art. 8 dello statuto dell'ENPAM, nella formulazione vigente al tempo delle condotte, e le delibere del consiglio di amministrazione dell'Ente) consentisse o meno, con riferimento alla gestione degli investimenti mobiliari, l'acquisto dei prodotti finanziari e il compimento delle operazioni contestate al convenuto.

16. – E' dichiarata la giurisdizione della Corte dei conti.

17. – Non vi è luogo a pronuncia sulle spese, stante la natura di parte solo in senso formale del Procuratore regionale della Corte dei conti, peraltro rimasto intimato.

P.Q.M.

dichiara la giurisdizione della Corte dei conti.

Così deciso nella camera di consiglio del 25 febbraio 2020 e, in seguito a riconvocazione, del 20 marzo 2020.