

Publicato il 22/11/2017

N. 05447/2017REG.PROV.COLL.
N. 08247/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8247 del 2016, proposto da:

Franco Picchi, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Andrea Di Grazia, domiciliato ex art. 25 cod. proc. amm. presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

- Fondazione ENPAM, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Squillaci, Angelo Piazza, con domicilio eletto presso lo studio Angelo Piazza in Roma, piazza San Bernardo, 101 - 5° Piano;

- ENPAM Real Estate S.r.l. a socio unico, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Piazza, Vincenzo Squillaci, con domicilio eletto presso lo studio Angelo Piazza in Roma, piazza San Bernardo, 101 - 5° Piano;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III BIS, n. 07075/2016, resa tra le parti, concernente diniego accesso civico a documenti e informazioni ex art. 5, comma 4, d.lgs. 33/2013;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione ENPAM e di ENPAM Real Estate S.r.l. a socio unico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2017 il Cons. Pierfrancesco Ungari e udita per la parte appellante l'avvocato Annunziata Abbinente su delega dichiarata di Carlo Andrea Di Grazia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno appellante ha presentato alla Fondazione ENPAM reiterate istanze di accesso civico, l'ultima e più puntuale delle quali trasmessa in data 13 agosto 2015, chiedendo, con riferimento all'art. 5, commi 1, 2, 3 e 6, del d.lgs. 33/2013, l'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013, anche nei confronti della società in house ENPAM Real Estate s.r.l..

2. In data 15 settembre 2015, ha chiesto al direttore generale della Fondazione, quale titolare del potere sostitutivo ai sensi dell'art. 2, comma 9-ter, della legge 241/1990, di verificare la sussistenza degli obblighi e di provvedere alla pubblicazione.

3. Non ricevendo risposta, ha proposto ricorso al TAR del Lazio, per l'accertamento del diritto all'accesso civico dei dati, documenti e informazioni richiesti con dette istanze, e l'ordine di rispettare gli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013 e dall'art. 13, comma 5-bis, del d.l. 66/2014, convertito in legge 89/2014.

4. In corso di causa, ENPAM ha rappresentato di avere comunicato in data 28 ottobre 2015 al ricorrente di avere adottato il Codice della Trasparenza e che era possibile reperire sul sito della Fondazione i dati e le informazioni rilevanti secondo quanto da esso previsto.

5. Il TAR Lazio, con la sentenza appellata (III-bis, n. 7075/2017), prescindendo dall'esaminare le eccezioni in rito della Fondazione, ha respinto il ricorso, affermando la non applicabilità integrale della disciplina in materia di obblighi di pubblicazione sui siti web, in considerazione della natura della Fondazione ENPAM di persona giuridica di diritto privato, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 509/1994 (cfr. da ultimo, Cass. civ., lav., n. 22149/2015), malgrado lo svolgimento di un pubblico servizio, non sottoposta a

penetrante controllo pubblico, ma qualificabile come “ente partecipato” o al più “ente vigilato” (cfr. linee guida di cui alla determina ANAC n. 8/2015), e della natura di soggetto di diritto privato a tutti gli effetti di ENPAM Real Estate s.r.l..

6. L'appellante sottolinea che, a sostegno della pretesa di accesso civico:

- in primo grado, aveva affermato che l'ENPAM, come Cassa previdenziale privatizzata, presenta tutti gli indici richiesti, anche nella determina ANAC n. 8/2015, per essere considerata un ente di diritto privato in controllo pubblico, e quindi per essere sottoposta agli obblighi di pubblicazione per questa categoria di enti, come previsti dalla legge 190/2012 e dal d.lgs. 33/2013, già da prima della modifica effettuata dall'art. 24 bis, comma 2 del d.l. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge 114/2014, in vigore dal 19/08/2014, come rilevabile dalla delibera CIVIT n. 65 del 31 luglio 2013, dal Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) fin dall'11 settembre 2013 (a seguito della delibera di approvazione del PNA stesso da parte della CIVIT con delibera n. 72/2013), e dalla circolare 14 febbraio 2014 n. 1/2014 della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della Funzione Pubblica;

- ed aveva a tal fine invocato il parere del Consiglio di Stato n. 706/2011, le sentenze del Consiglio di Stato n. 182/2006 e n. 6014/2012, nonché l'allora recente sentenza del TAR Lazio n. 11392/2015, sottolineando che le suesposte conclusioni non vengono meno a seguito della qualificazione specificamente attribuita all'Ente nella determina ANAC n. 8/2015, che risulta un mero strumento interpretativo non vincolante, peraltro molto successivo rispetto alla vigenza degli obblighi.

7. Ciò premesso, prospetta i seguenti ordini di censure.

7.1. La sentenza appellata, riguardo alla ricostruzione dei fatti, descrive come reiterative le diverse istanze di accesso civico presentate dal ricorrente, ma tale ricostruzione non corrisponde alla realtà dei fatti alla luce della diversità di contenuto delle medesime.

7.2. La sentenza appellata, tradendo la natura accertativa del rito dell'accesso e basandosi esclusivamente sulla determina ANAC n. 8/2015, ha mancato di verificare, rispetto alle disposizioni della legge 190/2012 ed al d.lgs. 33/2013, la sottoposizione di ENPAM agli obblighi di pubblicazione ed al conseguente diritto all'accesso civico ai documenti e dati richiesti.

7.3. La sentenza appellata, ignorando la natura di diritto soggettivo dell'accesso civico e, riguardo alla cognizione rimessa al giudice, la natura di accertamento e condanna del rito dell'accesso, nonostante il ricorrente abbia evidenziato fin dall'inizio, la natura di "mero strumento interpretativo non vincolante" delle linee guida ANAC stesse, non ha eseguito nessun approfondimento sul tema, che avrebbe invece portato alla disapplicazione delle medesime linee guida, relativamente alla parte inerente la non sottoposizione delle casse previdenziali a tutti gli obblighi previsti dalla legge 190/2012 e dal d.lgs. 33/2013.

7.4. La sentenza appellata ha errato fin dall'inizio, ritenendo la Fondazione ENPAM "*sic et simpliciter*" ente di diritto privato, ed escludendo che si tratti di ente in controllo pubblico, ha ignorato completamente la pronuncia della Corte Costituzionale n. 248/1997, le sentenze del Consiglio di Stato (VI, n. 3849/2010, n. 6040/2012 e n. 2660/2015; A.P. n. 16/2016) e tutta la giurisprudenza relativa alla determinazione "funzionale" dell'ambito delle amministrazioni pubbliche. L'appellante sostiene anche che ENPAM, ai fini della legge 190/2012 e del d.lgs. 33/2013, è un ente pubblico non economico nazionale, perciò sottoposto a tutti gli obblighi di pubblicazione previsti da dette normative.

8. Resiste, controdeducendo puntualmente, la Fondazione ENPAM.

9. L'appellante ha puntualizzato le proprie tesi mediante memoria di replica.

10. Occorre precisare che l'approvazione da parte della Fondazione ENPAM in data 16 ottobre 2015 del codice della trasparenza e la nomina del responsabile per la trasparenza, nonché la realizzazione nel sito di una sezione dedicata alla trasparenza, sopravvenuta alle istanze ed alla proposizione del ricorso in primo grado, non determina il venir meno dell'interesse alla decisione dell'appello nel merito, posto che solo alcuni dei dati richiesti (secondo quanto precisa l'appellante, non ulteriormente confutato dalla controparte) risulterebbero inseriti nel sito.

11. Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esaminare le eccezioni di inammissibilità riproposte dalla Fondazione (in ragione dell'intervenuta decorrenza del termine previsto dall'art. 116, comma 1, cod. proc. amm., in relazione a quello per la formazione del silenzio previsto dall'art. 52, comma 4, lettera c), del d.lgs. 33/2013), stante l'infondatezza dell'appello nel merito.

12. Può conseguentemente omettersi anche di esaminare la natura iterativa o meno delle istanze di accesso presentate dall'appellante, oggetto del primo ordine di censure e questione rilevante ai fini della valutazione della tempestività dell'azione, ma che non sembra rilevante ai fini della decisione della questione che il Collegio ritiene dirimente, concernente la ricomprensione o meno della Fondazione nell'ambito dell'accesso civico.

13. A detta questione dirimente sono dedicati i restanti ordini di censura, con i quali, in sostanza (ed al netto della contraddizione tra le diverse, ed alternative qualificazioni prospettate), l'appellante sostiene che la qualificazione data da ANAC con la determinazione n. 8/2015 è erronea, ma comunque non vincolante ed avrebbe quindi dovuto essere disapplicata, e che una ricognizione dei dati normativi e giurisprudenziali conduce ad individuare i presupposti per definire ENPAM ente pubblico, o quanto meno ente privato in controllo pubblico, e come tale sottoposto agli obblighi di cui alla legge 190/2012 ed al d.lgs. 33/2013.

14. Va subito sottolineato che la sentenza si sottrae al rilievo di una supina adesione alla qualificazione fornita da ANAC nella determinazione n. 8/2015.

Al contrario, il TAR è giunto a qualificare la posizione dell'Ente attraverso una autonoma disamina di tutti gli elementi rilevanti (tra i quali vi è anche, ma senza che ad essa venga dedicata particolare enfasi, la determina ANAC n. 8/2015).

Le considerazioni riguardanti la non vincolatività della determina n. 8/2015 non assumono pertanto un significativo rilievo concreto.

15. Per contro, le censure prospettate dall'appellante, diffusamente argomentate intorno al carattere ed alla rilevanza pubblicistica dell'attività svolta da ENPAM, non tengono in debito conto che l'ambito di applicazione degli obblighi di cui al d.lgs. 33/2013 non deriva dalla (autonoma) considerazione sistematica delle caratteristiche organizzative e funzionali del soggetto, ma è espressamente definito dalla stessa normativa.

Così che, fino a che non si intenda mettere in discussione la legittimità costituzionale della norma specificamente rilevante – e ciò non viene nemmeno adombrato dall'appellante – è ad essa che occorre fare esclusivo riferimento.

Da ciò, discende anzitutto l'irrilevanza delle pronunce invocate, in quanto antecedenti all'emanazione del d.lgs. 33/2013, e comunque riguardanti la posizione di ENPAM o di

analoghe Casse previdenziali ad altri fini.

16. Al momento della presentazione delle istanze di accesso dell'appellante (luglio-settembre 2015) era in vigore l'art. 11 del d.lgs. 33/2013 (Ambito soggettivo di applicazione), il quale, nella formulazione risultante dalle modifiche introdotte dal d.l. 90/2014, convertito con legge 114/2014, dopo aver chiarito (al comma 1) che le pubbliche amministrazioni destinatarie delle disposizioni del decreto sono le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, prevedeva (al comma 2) che la medesima disciplina si applicasse anche: *“a) agli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati; b) limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia alle società e agli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi.”*

Un ulteriore ambito di applicabilità delle disposizioni dell'art. 1, commi da 15 a 33, della legge 190/2012, e limitato alle attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale o europeo, era poi previsto (comma 3) per le società oggetto di partecipazione non maggioritaria da parte delle pubbliche amministrazioni.

Detto art. 11 è stato abrogato dal d.lgs. 97/2016, che ha ridefinito l'ambito soggettivo di applicazione introducendo l'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013 (come appresso precisato).

17. La tesi dell'appellante (una delle tesi prospettate, ma l'unica che trovi un possibile riscontro nella normativa, posto che quella della natura formale di ente pubblico non è supportata da alcun elemento concreto), riproposta in appello, è che la Fondazione ENPAM (al pari della sua società in house ENPAM Real Estate) sarebbe tenuta al totale rispetto degli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013, oltre che dal comma 5-bis dell'art. 13 del d.l. 66/2014, in quanto ente di diritto privato in controllo pubblico.

A tal fine, l'appellante fa leva:

- sullo Statuto della Fondazione, che (come previsto dall'art. 3 del d.lgs. 509/1994) prevede la designazione del presidente del collegio sindacale da parte del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, e di un altro componente dell'organo da parte dal Ministero dell'Economia, oltre ai corrispettivi membri supplenti;
- sulla delibera Civit n. 65 del 31 luglio 2013, sulla circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 1/2014, sul "Documento condiviso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione per il rafforzamento dei meccanismi di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società partecipate e/o controllate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dicembre 2014" del 23/12/2014, sulla Circolare n. 8/2015 del Ministero delle Finanze, sul Piano Nazionale Anticorruzione, approvato dalla Civit con delibera n. 72 del 11 settembre 2013 – da cui si evincerebbe la presenza di quasi tutti gli indici che determinano l'esistenza del controllo pubblico, come indicati da ANAC nella determina n. 8/2015.

18. Ora, è vero la determina ANAC n. 8/2015, nell'affrontare il tema degli indici dalla cui presenza deriverebbe la qualificazione di un ente di diritto privato in controllo pubblico (§ 3.1.1.), elenca - accanto all'istituzione per legge o alla predeterminazione per legge delle finalità istituzionali, al finanziamento pubblico dell'attività, al riconoscimento di poteri di vigilanza, alla limitazione per legge dell'apporto di capitale privato o della partecipazione dei privati e, per le associazioni, alla titolarità pubblica della maggioranza delle quote - anche "la nomina dei componenti degli organi di indirizzo e/o direttivi e/o di controllo da parte dell'amministrazione", senza ulteriori precisazioni.

Tuttavia, la determina, come sostenuto dallo stesso appellante, non assume una portata vincolante.

Del resto, se l'avesse, sulla previsione dell'indice di qualificazione prevarrebbe la qualificazione espressa in senso contrario, pure contenuta nel provvedimento; infatti, ANAC ha affermato espressamente (§ 3.2.) che le Casse di previdenza dei liberi professionisti rientrano nella categoria degli "altri enti di diritto privato partecipati" (e quindi non in quella degli "altri enti di diritto privato in controllo pubblico"), e che conseguentemente, quanto alla trasparenza (§ 3.2.2.) "Per ragioni di coerenza complessiva nell'interpretazione sistematica delle norme, non essendo tali enti destinatari diretti delle

disposizioni contenute nell'art. 11, co. 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, le amministrazioni partecipanti sono tenute a promuovere, all'interno dei protocolli di legalità di cui al precedente paragrafo, l'applicazione anche da parte di tali enti degli obblighi di trasparenza individuati per le società a partecipazione pubblica non di controllo”.

Vale a dire, come rilevato nella sentenza appellata, è imposta esclusivamente l'applicazione delle regole in tema di trasparenza contenute nell'art. 1, commi da 15 a 33, della legge 190/2012, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, ma ciò all'interno dei protocolli di legalità che hanno la funzione, in assenza di previsioni normative, di disciplinare specifici obblighi di prevenzione della corruzione e di trasparenza, diversamente calibrati e specificati in base alla tipologia di poteri, di vigilanza, di finanziamento o di nomina che l'amministrazione esercita.

E quindi, nelle more dell'adozione dei protocolli di legalità, deve escludersi l'esigibilità di obblighi di pubblicazione in materia di corruzione e di trasparenza nei confronti di ENPAM.

19. In realtà, fermo restando la non vincolatività di tali orientamenti, ANAC ha affrontato la definizione di “ente privato in controllo pubblico” con il provvedimento n. 79/2014, concernente l'ambito di applicazione del d.lgs. 39/2013, contenente analoga definizione (ai fini dell'applicabilità della contigua disciplina della inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e, appunto, presso gli “enti di diritto privato in controllo pubblico”), affermando che “... sono annoverabili nella categoria degli enti di diritto privato in controllo pubblico le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano le funzioni elencate nell'art. 1, comma 2, lett c) del citato decreto — (funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici) e in cui, alternativamente, le pubbliche amministrazioni esercitano un controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. oppure hanno il potere di influire fortemente sull'attività dell'ente, attraverso il potere di nomina dei vertici o dei componenti degli organi dell'ente”.

Da tale riferimento all'influenza esercitabile attraverso la nomina, come sottolineato anche nella sentenza appellata, discende che non è sufficiente l'esistenza di un “mero” potere di nomina di componenti degli organi, al fine di potere considerare un ente privato

“controllato”, ma tale potere deve comportare la possibilità di incidere fortemente sulle attività della società o ente di diritto privato (in tal senso, anche questo Consiglio di Stato ha affermato che il controllo da parte della p.a. è configurabile quando vi è potere di nomina negli organi “decisionali” – cfr. I, parere n. 01801 del 4 giugno 2014, relativo alla configurabilità del controllo congiunto di più amministrazioni).

20. D'altra parte, soltanto il potere di nomina di organi in grado di orientare l'attività dell'ente appare funzionalmente equivalente agli indici – partecipazione azionaria di maggioranza, disponibilità di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante in assemblea, esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano, comunque, di esercitare un'influenza dominante – che, in base all'art. 2359 c.c., richiamato dall'art. 11, comma 2, cit., valgono a configurare il controllo pubblico per le società.

21. Il solo potere di nomina del presidente e di un componente del collegio sindacale, non può comportare la possibilità di incidere sull'attività dell'ente vigilato, stante la *ratio* della presenza dell'organo di controllo e la posizione di indipendenza dei sindaci rispetto agli amministratori a garanzia della corretta gestione.

Se, dunque, il potere di nomina dei componenti non va inteso alla lettera, ma come potere di nomina dei vertici gestionali, in quanto solo esso consente di influire in modo determinante sull'attività dell'ente, nel caso di Fondazione ENPAM il presupposto per considerare l'ente sottoposto a controllo pubblico non sussisteva.

22. La disciplina sopravvenuta ed oggi vigente conforta tale interpretazione, in quanto la rilevanza del potere pubblico di nomina, ai fini della configurabilità del controllo pubblico, è ormai espressamente collegata alla totalità dei componenti degli organi di amministrazione o di indirizzo.

Infatti, l'art. 3, comma 2, del d.lgs. 97/2016, ha introdotto nel d.lgs. 33/2013 l'art. 2-bis (Ambito soggettivo di applicazione), secondo il quale, oltre che alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001 (comma 1), agli enti pubblici economici e agli ordini professionali (comma 2, lettera a), alle società in controllo pubblico (comma 2, lettera b), la disciplina in questione si applica (comma 2, lettera c) anche: *“alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in*

modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni?.

Un ulteriore ambito di applicabilità della medesima disciplina, limitato ai dati e documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o europeo, è poi previsto (comma 3) per le società oggetto di partecipazione pubblica, e per le associazioni, le fondazioni e gli altri enti di diritto privato, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici.

23. Cosicché, con riferimento a detta normativa, nella bozza di Linee guida sostitutive di quelle di cui alla determinazione n. 8/2015, sottoposta da ANAC a consultazione (ed oggetto del parere della Commissione speciale di questo Consiglio, n. 1257/2017 in data 29 maggio 2017), si legge (§ 3.5.3.) una conclusione analoga a quella contenuta nelle precedenti Linee guida: “Alle Casse di previdenza si applica, pertanto, il regime degli enti di diritto privato solo partecipati di cui al co. 3 dell'art.2-bis del d.lgs. n. 33 del 2013.”

24. Resta da aggiungere che l'art. 13, comma 5-bis, del d.l. 66/2014, convertito in legge 89/2014, pure invocato dall'appellante, appare estraneo alla situazione di ENPAM, in quanto dispone obblighi di pubblicazione nei confronti di amministrazioni pubbliche riguardanti i compensi dei componenti degli organi di amministrazione di società e fondi da esse controllati o partecipati.

25. Da quanto esposto, discende la correttezza delle conclusioni raggiunte dal TAR circa la non applicabilità alla Fondazione ENPAM – quanto meno, fino all'adozione del protocollo di legalità – degli obblighi fatti valere dall'appellante. Lo stesso deve affermarsi per la società in house ENPAM Real Estate.

26. In definitiva, l'appello deve essere respinto.

27. Considerata la novità di alcuni aspetti delle questioni affrontate, le spese del grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO