

1ª RASSEGNA DI DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA

VARESE 12/13 maggio 2015

Le società partecipate nella giurisprudenza della Corte di conti in sede di controllo

Il recente d.lgs. n. 175/2016 ha posto mano al disorganico accavallarsi di norme in materia di società partecipate che ha caratterizzato l'ultimo decennio. Gli orientamenti giurisprudenziali della Corte dei conti, maturati in sede di esame dei piani di razionalizzazione delle società partecipate avviati sotto la normativa previgente, consentono di costruire in chiave prospettica un quadro di riferimento giurisprudenziale valevole anche alla luce della nuova disciplina.

Premessa

Le Sezioni regionali di controllo e la Sezione delle Autonomie in questi anni hanno affrontato in diverse sedi le problematiche che accompagnano la scelta organizzativa delle amministrazioni pubbliche di ricorrere alle esternalizzazioni e alla gestione di funzioni e di servizi mediante società partecipate.

Occorre sottolineare come, a fronte di un sistema contraddistinto da un lato da una diffusione rilevante ed economicamente significativa di società partecipate e dall'altro da un modello giuridico ed organizzativo disorganico, il quadro giuridico di riferimento sia stato caratterizzato dal susseguirsi di norme eterogenee e frammentarie, disposizioni speciali che si sono alternate e sovrapposte con la disciplina codicistica di carattere generale. A società a partecipazione pubblica che operano in regime di diritto privato si affiancano infatti società partecipate che mantengono una natura privatistica e che svolgono funzioni di natura pubblicistica, assoggettate agli obblighi e ai vincoli finanziari disposti per le amministrazioni pubbliche oltre che alle regole in materia di gestione e di controlli¹.

Nel Rapporto 2016 sul coordinamento della finanza pubblica, la Corte dei conti ha osservato che “*Se si guarda alle 10.315 amministrazioni pubbliche del conto consolidato che controllano e finanziano le 10.964 imprese partecipate (di queste imprese 7.767 attive occupano 927.559 addetti), seppur con pesi e modalità diverse, emerge in modo emblematico la «ridondanza organizzativa» del sistema, a cui si accompagna una spesa pubblica che stenta, per gli effetti delle politiche di contenimento degli ultimi dieci anni, a garantirne la sostenibilità. La questione non può essere ricondotta solo alla misura delle risorse pubbliche impiegate, ma anche all'efficienza con cui esse vengono utilizzate, imponendo una riflessione sulla capacità di ridisegnare il modello di offerta dei servizi in un contesto fortemente mutato dalla crisi*”. Concludeva sul punto il Rapporto, “*Una riflessione sulla qualità della spesa non può eludere la valutazione di possibili riduzioni del perimetro della PA nei servizi di pubblica utilità.*”²

Negli ultimi anni la crescente complessità del sistema delle partecipate, caratterizzato da un articolato ambito di operatori economici con un diverso grado di autonomia³, ha indotto il Legislatore a

¹ Al regime generale delineato dal codice civile (nel libro V, titolo V, capo V, relativo alle società per azioni: sezione XIII, relativa alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici - articolo 2449 c.c.) si sovrappongono una serie di disposizioni di carattere speciale introdotte attraverso successivi interventi legislativi adottati nel tempo.

² Corte dei conti, Sez. Riun. delibera n. 2/2016/SSRRCO/RCFP;

³ C. conti; Sez. Riun. n. 2/2016/SSRRCO/RCFP “*All'interno del sistema delle partecipate pubbliche si rileva la presenza di due grandi tipologie organizzative di imprese, riconducibili a: a) società, con caratteristiche vere e proprie di impresa*

ripensare il loro ruolo e le loro funzioni con l'intento di razionalizzare il settore e ridurre la spesa, anche attraverso un incremento della trasparenza e il contenimento del loro numero.

Dalla legge finanziaria per il 2007 sempre di più è stata avvertita l'esigenza di riordinare il sistema nel suo complesso, applicando criteri organizzativi di economicità e di efficienza. Si è assistito pertanto ad un cambiamento di prospettiva che ha segnato gli interventi del Legislatore, più attento all'esigenza di affermare un maggior controllo sul diffondersi delle esternalizzazioni dei servizi, al precipuo fine di un più efficace contenimento della spesa pubblica.

Il d.lgs. n. 175/2016 (T.U. in materia di società a partecipazione pubblica) vuole rispondere anche a questa esigenza, rendendo più cogenti le disposizioni che impongono alle amministrazioni pubbliche la revisione del sistema delle partecipate. Si tratta di norme in parte già presenti nell'ordinamento che il T.U. consolida ed alle quali sono accompagnati alcuni elementi di novità.

In questo processo evolutivo la giurisprudenza della Corte dei conti ha svolto un ruolo di rilievo nel ricostruire un quadro normativo di riferimento che necessitava di coerenza giuridica e sistemica⁴. I principi e le analisi espressi in questi anni, ancorché siano stati enunciati in presenza di norme alcune delle quali abrogate, possono essere di ausilio in chiave prospettica in attesa che la Corte si esprima sull'applicazione della disciplina recata dal d.lgs. n. 175/2016⁵.

1. Evoluzione del quadro normativo di riferimento

Come su accennato, nel corso degli anni si è andata affermando tra le forme di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica o imprenditoriale il ricorso alle società interamente o parzialmente partecipate dagli enti territoriali, non ultimo anche al fine di assicurare attraverso le esternalizzazioni delle attività grandezze finanziarie coerenti con gli obblighi posti dagli obiettivi del patto di stabilità e crescita. Società con natura giuridica di diritto privato, destinatarie di risorse pubbliche e che perseguono interessi generali o svolgono funzioni di natura pubblicistica.

In considerazione dell'espandersi di tale fenomeno e alla luce delle sempre più stringenti necessità di contenimento della spesa pubblica, anche a seguito delle richieste in tal senso rivolte all'Italia in sede Europea, a partire dalla Finanziaria 2007 (legge n. 296/2006) il sistema delle società partecipate è stato visto dal Legislatore sempre di più come un disvalore che andava corretto; i commi da 725 a 730 dell'art. 1 hanno infatti dettato una disciplina più rigorosa dei compensi degli amministratori delle società partecipate e del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione di dette società.

Successivamente i commi da 27 a 35 dell'art. 3 della Finanziaria per il 2008 (legge n. 244/2007) hanno correlato la possibilità di ricorrere allo strumento societario ai fini dell'ente pubblico

industriale (quotate e non quotate), per le quali l'intervento pubblico è finalizzato prevalentemente ad una funzione di sostegno e incentivazione delle politiche industriali, come nei settori dell'energia, gas, acqua, ambiente; b) società ed organismi che, per le funzioni assegnate, per la dipendenza finanziaria dall'ente pubblico e per le modalità di affidamento (nella maggior parte diretto), si connotano, secondo alcuni, come vere e proprie "semi-amministrazioni".

⁴ La Corte dei conti, Sez. riun., nell'Audizione del 3 giugno 2015 dinanzi alla I Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di "Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche" (AC 3098), aveva rappresentato l'esigenza di un intervento organico nella materia, richiamando gli obiettivi della chiarezza della disciplina e della semplificazione normativa indicati tra i criteri di delega di cui all'art. 12 del d.d.l.

⁵ È attualmente all'esame parlamentare il correttivo al T.U. (atto di Governo n. 404).

partecipante e all'inerenza con lo svolgimento delle attività di competenza di quest'ultimo, imponendo limiti alla costituzione di società e obblighi di dismissione.

Nel 2010 è intervenuto l'art. 14, comma 32 del d.l. 78 (comma successivamente abrogato dall'art. 1, comma 561 della legge n. 147/2013), con un ulteriore inasprimento del regime limitativo, salvaguardando il precetto descritto dal richiamato art. 3 comma 27 della legge n. 244/ 2007 e sancendo per i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti il divieto di costituire nuove società e la liquidazione entro il 31 dicembre 2011 di quelle già costituite ovvero la cessione delle partecipazioni. Su tale assetto normativo ha successivamente inciso la modifica all'art. 14, comma 32 introdotta con la legge di stabilità per il 2011 (legge n. 210/2010), che ha escluso l'applicazione dell'obbligo di dismissione entro il 31 dicembre 2011 nei confronti delle società già costituite o partecipate da comuni inferiori a 30.000 abitanti che presentavano il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi finanziari.

Questa disposizione speciale si combina con la più generale questione inerente la facoltà di finanziare le società partecipate dall'ente locale che presentano perdite gestionali nell'ultimo triennio e che sarà riproposta dalla finanziaria 2014 (art. 1, comma 555, della legge n. 147/2013, poi modificato dall'art. 27, comma 2, lett. c) del nuovo T.U.) con l'obbligo di liquidazione delle società che presentano un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti.

La stessa Legge di stabilità per il 2014 (art. 1, comma 569), nel prorogare il termine di trentasei mesi stabilito dall'art. 3, comma 29 della Finanziaria 2008, ha sancito che, decorso detto termine, le partecipazioni non alienate mediante la procedura di evidenza pubblica cessino; comma successivamente modificato, per quanto riguarda il termine della proroga, dall'art. 2, comma 1, lett. b) del d.l. n. 16/2014 (convertito dalla legge n. 68/2014).

Nello stesso anno, l'art. 23, d.l. n. 66/2014, convertito dalla legge n. 89/2014, ha avviato un programma di razionalizzazione degli organismi partecipati (aziende speciali, istituzioni e società direttamente o indirettamente controllate da una pubblica amministrazione), affidato al Commissario straordinario per la *spending review*.

Successivamente, con l'art. 1, commi 611-612, della legge n. 190/2014 (Legge di stabilità 2015) sono state trasfuse in legge alcune indicazioni rappresentate nel rapporto del Commissario straordinario del 7 agosto 2014, con riguardo, nello specifico, agli enti di natura societaria. In particolare, è stato previsto un processo di riorganizzazione delle partecipate degli enti territoriali e di altri organismi pubblici (università, autorità portuali ed altri), volto alla riduzione entro il 31 dicembre 2015 del numero delle società. Il comma 612 dispone l'invio da parte di ciascun ente proprietario alle competenti Sezioni regionali di controllo della Corte dei piani operativi di razionalizzazione, che devono riguardare tutte le società detenute dagli enti territoriali, senza che rilevi la natura del servizio affidato⁶. I piani devono rispondere all'obiettivo della riduzione delle partecipate direttamente o indirettamente, anche mediante le aggregazioni dei servizi pubblici locali e la dismissione delle partecipazioni non indispensabili e devono essere corredati da una relazione tecnica con l'indicazione

⁶ Cfr. C. conti, Sez. contr. Lombardia, n. 217/2015/PAR. La disciplina di razionalizzazione delle partecipazioni societarie, imposta dall'art. 1, commi 611 e seguenti, della Legge di stabilità per il 2015, n. 190/2014, si riferisce a tutte le società detenute dagli enti locali, senza rilievo per la tipologia di servizio gestito. L'esclusione dai vincoli del patto di stabilità interno, prevista dall'art. 1, comma 609, della legge di stabilità per il 2015, n. 190/2014, per le spese in conto capitale effettuate dagli enti locali con i proventi della dismissione di società partecipate non fa riferimento alla tipologia di servizio pubblico gestito dalla società dismessa.

La Sez. contr. Veneto, n. 205/2015/PAR, si è soffermata sull'ambito applicativo della normativa sui piani di razionalizzazione ritenendo, in base all'interpretazione letterale, che i predetti piani possano riguardare la partecipazione in un consorzio solo se costituito in forma di società.

delle modalità e dei tempi di attuazione, nonché con l'esposizione in dettaglio dei risparmi che si prevede di conseguire.

Nella ricostruzione della disciplina meritano altresì di essere ricordate le norme sul bilancio consolidato introdotte dal d.lgs. n. 126/2014, integrativo del d.lgs. n. 118/2011 e sulla verifica dei crediti e debiti reciproci, c.d. "circularizzazione" dei debiti e dei crediti tra enti e organismi, nonché le disposizioni sull'unificazione delle banche dati degli organismi partecipati nell'ottica del miglioramento della conoscenza del fenomeno e dell'individuazione di strategie intese al contenimento dei costi (art. 17, d.l. n. 90/2014, convertito dalla legge n. 114/2014⁷).

Da questa sintetica ricostruzione delle numerose disposizioni che si sono succedute in materia si rileva che, pur in presenza di una produzione legislativa tal volta episodica, è possibile individuare un nucleo di principi che si sono venuti a consolidare nel tempo anche a seguito degli interventi interpretativi della magistratura contabile, i cui contenuti si possono ritrovare nel T.U. (d.lgs. n. 175/2016) di riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche.

2. Profili di giurisprudenza della Corte dei conti in sede di controllo

2.1 Il controllo della Corte dei conti: natura ed esiti

Come già osservato, il fenomeno delle esternalizzazioni e delle gestioni di funzioni e servizi mediante società partecipate è stato oggetto di numerose pronunce delle Sezioni regionali di controllo e della Sezione delle Autonomie⁸. In queste delibere sono stati delineati i principi che devono guidare la scelta organizzativa, rimessa ai competenti organi amministrativi degli enti⁹, di costituire società di capitali o di mantenerne quote di partecipazione. Principi che, anche in sede di valutazione prospettica, consentono di delineare il percorso che dovrà essere seguito alla luce del quadro normativo ridefinito dal T.U. n. 175/2016.

⁷ Art. 17, comma 1. *"Al fine di procedere ad una razionalizzazione degli enti pubblici e di quelli ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria, il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, predispone un sistema informatico di acquisizione di dati e proposte di razionalizzazione in ordine ai predetti enti."*

Un protocollo d'intesa è stato sottoscritto nel mese di maggio 2016 dal Ministro dell'economia e delle finanze e dalla Corte dei conti per la costituzione della banca dati unica delle partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche.

⁸ Diverse indagini sono state svolte dalla Sezione delle Autonomie e dalle Sezioni regionali di controllo in sede di verifiche sulla sana gestione finanziaria, con specifici referti, e nell'ambito delle relazioni allegiate al giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione. Si ricordano: Sez. contr. Lombardia deliberazione n. 10/2008/PRSE, "Indagine relativa alle società partecipate delle provincie e dei comuni della Regione Lombardia"; n. 270/2008/PRSE, "Relazione sulla esternalizzazione dei servizi pubblici sugli enti locali della Regione Lombardia; della medesima Sezione le relazioni che hanno accompagnato i giudizi di parificazione dei bilanci regionali 2015 e 2016; Sez. contr. Friuli-Venezia Giulia, deliberazione n. 68/2015/FRG, "Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica regionale"; Sez. Emilia-Romagna, deliberazione n. 2/2016/VSGO, "Esame dei piani di razionalizzazione delle partecipazioni predisposti dagli enti aventi sede in Emilia-Romagna"; Sez. Autonomie, deliberazione n. 24/2015/FRG e n. 27/2016/FRG, "Gli organismi partecipati degli enti territoriali, Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati dai Comuni, Province e Regioni e relative analisi. Relazioni 2015 e 2016".

⁹ Cit. Sez. Autonomie, delibera n. 24/2015/FRG, secondo la quale *"Le scelte concretamente operate per l'organismo restano affidate all'autonomia e alla discrezionalità degli enti soci, in quanto coinvolgono profili gestionali/imprenditoriali rimessi alla loro responsabilità."* Nello stesso senso, Sez. contr. Lombardia, delibere nn. 140 e 141 del 2016, *"...la scelta di esercitare una funzione o erogare un servizio (qual è l'istruzione e la ricerca universitaria) mediante lo strumento societario è elettivamente demandata all'organo di governo dell'università, che deve effettuare le opportune verifiche di compatibilità e di inerenza alle finalità istituzionali prima di decidere la costituzione di nuove società ovvero la sorte delle partecipazioni già possedute."*

Preliminarmente, occorre sottolineare che il Legislatore ha intestato alle Sezioni regionali della Corte dei conti una specifica funzione di verifica della conformità della costituzione o dell'adesione ad una società al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio (art. 3, comma 28 della legge 244/2007, abrogato dal d.lgs. 175/2017, che ne ha fatti propri i principi), e di esame dei processi di contenimento delle società partecipate, sia in fase di predisposizione del piano di razionalizzazione che di verifica dei risultati conseguiti (art. 1, comma 612, della legge n. 190/2014).

Verifica che non si traduce in una attività invasiva dell'autonomia delle amministrazioni, ma è diretta, nell'interesse del singolo ente e della comunità amministrata, a rappresentare agli organi di governo le irregolarità o anomalie riscontrate, in modo che gli stessi possano responsabilmente indirizzare gli organi gestionali, promuovendo eventuali misure correttive nell'interesse dello stesso ente¹⁰. Il ruolo cruciale delle Sezioni regionali, nel sistema coordinato dei controlli delineato dal d.l. n. 174/2012, si è riflesso nel monitoraggio dei piani operativi di razionalizzazione delle società partecipate. L'art. 1, commi 611- 612, legge n. 190/2014, nel disciplinare l'obbligo della presentazione, da parte di ciascun ente proprietario, al fine di ottenere la riduzione delle società partecipate, direttamente o indirettamente, anche mediante le aggregazioni nei servizi pubblici locali e la dismissione delle partecipazioni non indispensabili, ha infatti stabilito che spetta alla Corte monitorare tale percorso. Attività che si inserisce nel sistema dei controlli delineato dal d.l. n. 174/2012 e più volte valutato in senso favorevole dalla Corte Costituzionale¹¹.

Le disposizioni richiamate confermano dunque la collocazione delle Sezioni regionali di controllo nel processo di razionalizzazione degli organismi partecipati, ruolo già svolto in sede di ricognizione delle partecipazioni "strettamente necessarie" trasmesse per i previsti controlli di regolarità e di legittimità ai sensi dell'art. 3, comma 28, della legge n. 244/2007. Peraltro, la trasmissione dei piani operativi non adempie esclusivamente a finalità di trasparenza e di deterrenza, ma è funzionale allo svolgimento delle verifiche di competenza delle Corte, ciò in quanto i poteri di controllo delle Sezioni regionali partecipano della stessa natura di quelli relativi alle delibere di ricognizione delle partecipazioni societarie (come testimonia la clausola di salvaguardia relativa alle disposizioni di cui all'art. 3, comma 27 e ss. della richiamata legge finanziaria 2008) e, quindi, dei controlli finanziari sui bilanci ai sensi della legge n. 266/2005 (art. 1 comma 166 e ss e s.m.i.¹²).

Riguardo alla natura del controllo della Corte, lo stesso è ascrivibile alla categoria del riesame di legalità e regolarità, dovendosi assumere a parametro i limiti normativi delineati dalla disciplina di settore (in particolare, dall'art. 3, commi da 27 a 33 della legge n. 244/2007, dall'art. 1, comma 611

¹⁰ Cfr. C. conti, Sez. Lombardia, delibere n. 6/2017, 140 e 141/2016, nonché nn. 44, 78 e 82 del 2012, nn. 263, 365 e 485 del 2011.

¹¹ La Corte Cost., sent. n. 40/2014, ha affermato che in presenza di (cogenti) vincoli europei di finanza pubblica (patto di stabilità esterno e interno) i controlli "*hanno assunto progressivamente caratteri cogenti nei confronti dei destinatari (sent. cost. n. 60/2013), proprio per prevenire e contrastare gestioni contabili non corrette, suscettibili di alterare l'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.) e di riverberare tali disfunzioni sul conto consolidato delle pubbliche amministrazioni, vanificando conseguentemente la funzione di coordinamento dello Stato finalizzata al rispetto degli obblighi comunitari.*". Al riguardo la Corte, con la stessa sentenza n. 40/2014, ha osservato che "*Il controllo di legittimità e regolarità contabile attribuito alla Corte dei conti per questi particolari obiettivi si risolve in un esito dicotomico (sent. nn. 179/2007 e 60/2013), nel senso che ad esso è affidato il giudizio se i bilanci preventivi e successivi siano o meno rispettosi del patto di stabilità, siano deliberati in equilibrio e non presentino violazione delle regole espressamente previste per dette finalità.*". Inoltre, la Corte ha ritenuto che le rinnovate funzioni della Corte dei conti "*siano ascrivibili all'ambito materiale dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica (sent. cost. n. 39/2014)*" e che le verifiche svolte dalle Sezioni regionali di controllo mediante le relazioni del Collegio dei revisori diano luogo a "*controlli di natura preventiva finalizzati ad evitare danni irreparabili all'equilibrio di bilancio (sent. cost. n. 60/2013).*".

Cfr. anche Sez. Aut. n. 24/SEZAUT/2015/FRG e n. 15/SEZAUT/2014/FRG.

¹² In tal senso C. conti, Sez. contr. Campania, 24 aprile 2015, n. 143/PRSE.

della legge n. 190/2014 e, da ultimo, dal T.U. n. 175/2016¹³). Sebbene il comma 28 del richiamato art. 3 della legge 244 non abbia previsto un termine esplicito per l'invio del piano di razionalizzazione, tuttavia le disposizioni predette contengono un precetto necessariamente funzionalizzato, ovvero mirato al tempestivo controllo magistratuale, al fine di evidenziare agli enti le eventuali irregolarità e anomalie riscontrate¹⁴. Per tale ragione gli enti devono trasmettere le delibere ricognitive delle partecipazioni o gli atti di approvazione dei piani di razionalizzazione senza ritardo alle Sezioni regionali competenti (come sottolineato dalla Sezione di controllo per la Lombardia in diverse deliberazioni¹⁵).

L'esito non positivo del procedimento di controllo del provvedimento di ricognizione delle partecipate, in assenza di indicazioni da parte delle norme di riferimento (art. 3, comma 28 della legge n. 244/2007, del comma 612, dell'art. 1 della legge n. 190/2014 e oggi dall'art. 24 del d.lgs. n. 175/2016) è confluito in delibere con le quali sono state adottate pronunce di accertamento delle rilevate illegittimità. Tali pronunce sono inviate agli organi di vertice delle amministrazioni e a quelli di revisione economica-finanziaria e sono pubblicate sui siti internet delle amministrazioni, con ciò stimolando iniziative di autocorrezione.

2.2 I criteri alla base della scelta organizzativa di costituire società di capitali o mantenere quote di partecipazione

L'inerenza

La possibilità di ricorrere allo strumento societario è stato correlato dalla legge (art. 3, commi 27 e ss della l. 244/2007, abrogato dal T.U. che ne ha fatto propri i principi) ai fini dell'ente pubblico e all'inerenza allo svolgimento di attività di competenza dell'ente (principio desumibile dall'art. 97 Cost), anche per evitare che il ricorso allo strumento finanziario sia utilizzato per eludere la normativa di finanza pubblica, o le procedure in materia contrattuale o l'assunzione di personale. Si tratta di un stringente vincolo di scopo da cui discendono conseguentemente i procedimenti di controllo volti a verificare l'osservanza delle norme poste a suo presidio.

Se l'attività riguarda la produzione di beni e servizi "non inerenti", ovvero non strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali, la partecipazione è interdetta, con conseguente obbligo di alienazione a terzi secondo le procedure ad evidenza pubblica¹⁶. La valutazione di stretta inerenza delle attività di produzione di beni o servizi da parte delle società partecipate è stata limitata alle c.d. "società strumentali" e si esercita attraverso l'esame delle delibere degli enti locali inviate alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti e delle ragioni delle partecipazioni.

Il principio dell'inerenza è stato successivamente confermato dal comma 611, lett. a) della legge n.190/2014, che ha esteso la sua valutazione anche alle partecipazioni indirette e, da ultimo, dall'art. 4, commi 1-3 del d.lgs. 175/2016 (T.U.), articolo che ha definito in senso restrittivo lo scopo delle partecipazioni societarie pubbliche, ridimensionando l'ampiezza dell'intervento pubblico nel mercato.

L'indispensabilità

¹³ Cfr. C. conti Sez. Lombardia delibere. nn. 6/2017, 140 e 141 del 2016.

¹⁴ Cfr. C. conti Sez. Lombardia delibere citate nn. 6/2017, 140 e 141 del 2016.

¹⁵ Per citarne alcune: nn. 488, 503, 519 e 520 del 2011 e di recente n. 6/2017.

¹⁶ Cfr. per tutte Sez. contr. Lombardia delibera 124/2011/PAR, confermata da successive pronunce.

Premesso, dunque, il divieto di mantenere società non coerenti con le proprie finalità istituzionali (principio della funzionalizzazione), il richiamato comma 611, lett. a), riprendendo la disciplina posta dall'art. 3, commi 27-28 della legge n. 244/2007, ha previsto la liquidazione o la cessione delle società partecipate non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente partecipante. L'indispensabilità delle partecipazioni pur coerenti con i fini istituzionali dell'ente - diversamente dalla precedente disposizione la previsione coinvolge sia le partecipazioni dirette che quelle indirette - va dunque individuata sotto il profilo della indispensabilità e strategicità dello strumento societario rispetto ad altre differenti forme organizzative (o alla scelta di fondo tra internalizzazione ed esternalizzazione) o, ancora, all'indispensabilità dell'attività svolta dalla partecipata rispetto al conseguimento dei fini istituzionali¹⁷.

Su questo parametro normativo si tornerà nel successivo paragrafo, nel quale si tratteggeranno alcune considerazioni introduttive al nuovo T.U..

L'ente è dunque chiamato ad una preliminare valutazione della coerenza della partecipazione detenuta e solo dopo potrà procedere alla verifica dell'indispensabilità della partecipazione per il conseguimento dei propri fini istituzionali. Ambito valutativo escluso per quelle forme di partecipazione nella gestione dei servizi pubblici essenziali, quali gli ambiti territoriali ottimali, per i quali la stessa risulta prevista come obbligatoria da specifiche norme di legge¹⁸.

Una particolare attenzione è stata posta in sede di analisi delle c.d. "partecipazioni polvere", le quali, non consentendo un controllo sulla partecipata da parte del socio pubblico, non appaiono coerenti con una valutazione di strategicità della partecipazione, riducendosi al rango di mero investimento in capitale di rischio. La partecipazione minima, specie in materia di pubblici servizi, potrebbe talora spiegarsi con la necessità (spesso prevista dallo stesso Statuto) di aderire al capitale sociale per fruire dei servizi erogati dal soggetto societario.

Fuori da tali casi, peraltro, queste partecipazioni non possono giustificarsi neppure nell'ottica della canalizzazione delle risorse pubbliche. A tal fine, infatti, la detenzione di partecipazioni "polvere" non è né necessaria, atteso che sussistono altri strumenti contrattuali per perseguire analogo risultato, né utile; non consente infatti un'effettiva azione di controllo da parte del socio pubblico¹⁹.

La necessaria valutazione di convenienza economica al mantenimento di una partecipazione

Inoltre, l'ente deve tener conto (dandone atto nella motivazione) della situazione economica e patrimoniale della società, nel rispetto del principio di legalità finanziaria che conforma l'azione amministrativa. La valutazione prodromica di efficacia ed economicità è un corollario del principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., oggi rafforzato nella prospettiva della sana gestione finanziaria e dall'introduzione dell'obbligo dell'equilibrio di bilancio per tutte le pubbliche amministrazioni (cfr. artt. 81, 97 e 119 Cost., come novellati dalla legge n. 1/2012).

In sede di costituzione o partecipazione ad una società, l'ente deve altresì prestare particolare attenzione al suo oggetto sociale, al fine di evitare l'assunzione di rischi in attività puramente

¹⁷ Cfr. Sez. contr. Piemonte, delibere nn. 170/2015/VSG e 25/2016/VSG e Sez. contr. Lombardia, delibere nn. 140 e 141/2016/VSG e n. 6/2017/VSG.

¹⁸ Cfr. Sez. contr. Sicilia, delibera n. 61/2016/INPR.

¹⁹ Oltre alle cit. delibere della Sez. contr. Piemonte di cui alla precedente nota, cfr. Sez. Contr. Abruzzo, n. 178/2016/VSG.

imprenditoriali o non conformi alla propria missione istituzionale²⁰, e all'andamento della società che non deve essere strutturalmente in perdita con risultati economici sistematicamente negativi²¹; principio rafforzato dall'introduzione del divieto di finanziamento di cui all'art. 6, comma 19 del d.l. 78/2010, che ha precluso alle amministrazioni pubbliche il sovvenzionamento di società in perdita strutturale²².

È da ricondurre nell'ambito del principio della necessaria convenienza economica al mantenimento della partecipazione la previsione della lettera b) del comma 611, dell'art. 1 della legge 190/2014, che dispone la soppressione delle società composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti. Si tratta di ipotesi di società non efficiente, posto che il rapporto tra costi di amministrazione e costi di gestione non risulta equilibrato. Nondimeno il dato relativo al numero degli amministratori potrebbe da solo non essere decisivo: a titolo esemplificativo, nel caso di assenza di compenso, se l'ottica normativa è quella del contenimento della spesa o di amministratori a cui siano attribuiti compiti operativi analoghi a quelli svolti dai dipendenti per evitare l'assunzione di personale²³.

Pertanto, il piano di razionalizzazione deve contenere l'indicazione del numero di amministratori e di dipendenti della società e, per completezza, il costo dell'organo amministrativo e quello dei dipendenti. Qualora tale numero non sia in linea con la previsione normativa, la delibera dovrà essere sul punto motivata con l'indicazione delle giustificazioni che legittimano di non procedere alla soppressione o alienazione della società partecipata o al recesso.

Il terzo criterio indicato dal richiamato comma 611 prevede che siano eliminate le partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società o enti pubblici strumentali. Per contrastare la proliferazione di organismi strumentali il confronto dovrà essere effettuato non solo con le altre partecipazioni societarie, ma anche con consorzi²⁴, aziende speciali o altri organismi strumentali dell'ente pubblico socio. A tal fine, il piano di razionalizzazione deve fornire informazioni su tutte le funzioni esternalizzate dall'ente pubblico e sulle ragioni del suo mantenimento.

Il comma 611, lett. d), dispone che l'ente socio proceda all'aggregazione delle società che erogano servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ha osservato la Corte che questa norma deve essere letta insieme al precedente comma 609, che ha modificato l'art. 3-*bis* d.l. 138/2011 in tema di ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali. Lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, a tutela della concorrenza e dell'ambiente, deve avvenire in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, definiti dalle regioni, tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, ai

²⁰ Cfr. Sez. contr. Lombardia, delibere n. 520/2011/PRSE, n. 830/2010/PRSE, n. 975/2009/PRSE, confermate dalla delibera n. 6/2017.

²¹ Cfr. per tutte, Sez. contr. Lombardia, delibera n. 1081/2010/PAR.

²² Cfr. della Sez. contr. Lombardia delibera n. 19/2012/PAR e 220/2012/PAR.

²³ Cfr. Sez. contr. Lombardia, delibera n. 87/2016/VSG.

²⁴ Cfr. Sez. contr. Piemonte, delibera n. 5/2016/PAR, ha affermato che la normativa in materia di razionalizzazione delle società partecipate trova applicazione anche nell'ipotesi di partecipazione ad una società consortile, atteso che *“l'oggetto sociale tipico del contratto di consorzio (l'organizzazione in comune di determinate fasi delle imprese) può essere perseguito anche mediante la costituzione di una delle società previste nei capi III e seguenti del titolo V del codice civile (società di persone e di capitali) ed alle società consortili, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, si applicano in ogni caso le regole societarie relative al tipo prescelto, per l'inderogabilità delle norme societarie dettate a tutela dei terzi o di interessi generali...La disciplina vigente dunque permette, dal punto di vista oggettivo, il perseguimento dello scopo consortile da parte di società commerciali e, sotto il profilo soggettivo, l'utilizzazione di queste ultime per realizzare lo scopo stesso.”*. Si veda anche Sez. Autonomie, n. 9/2015.

quali gli enti locali devono partecipare obbligatoriamente. Il piano di razionalizzazione dovrà pertanto indicare, per le società di gestione dei servizi pubblici locali, l'ambito territoriale ottimale, l'ente di governo, le modalità di affidamento del servizio e il rispetto degli obblighi di legge.

L'ultimo criterio del comma 611, ovvero il contenimento dei costi di funzionamento, che può avvenire anche attraverso interventi di riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, attraverso un processo di razionalizzazione, oltre che attraverso la riduzione delle remunerazioni, si configura quale direttiva cui deve uniformarsi l'ente pubblico.

Ciò deve tradursi in un piano che esponga un'analisi dei costi di funzionamento della società partecipata e delle azioni di contenimento suggerite. Non è quindi sufficiente la mera previsione dell'avvio di un'attività di *spending review*, bensì occorre un'analisi comparativa delle differenti opzioni percorribili attraverso l'applicazione di metodologie e criteri economico-finanziari volti alla minimizzazione dei costi di funzionamento. Presupposto necessario è costituito dal rispetto di eventuali norme di coordinamento della finanza pubblica²⁵.

2.3 Obbligo di motivazione

L'obbligo di un'adeguata motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti di legge, principio di carattere generale (art. 1 della legge n.241/1990), esposto prima dall'art. 3, comma 28 della legge n. 244/2007, successivamente dal comma 612 della legge di stabilità 2014 ed oggi ribadito dall'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, non può essere considerato assolto in presenza di mere ripetizioni del dato legale. L'ulteriore previsione, indicata nel comma 612 ed oggi negli artt. 20 e 24 del T.U., di una relazione che deve accompagnare il piano di razionalizzazione rafforza il disposto normativo e non consente di ritenere conforme alla legge delibere di ricognizione delle società partecipate contenenti mere ripetizioni del dato legale, attesa la natura apodittica di siffatte pseudo-motivazioni. Per contro, anche con una motivazione sintetica l'obbligo può essere considerato evaso, purché la stessa sia in grado di rendere palese l'iter logico e procedimentale seguito al fine di ricondurre la fattispecie nell'ipotesi astratta considerata dalla legge²⁶.

È bene sottolineare che la relazione tecnica deve fornire un quadro analitico per ciascuna società, esponendo i dati tecnici necessari per comprendere il percorso motivazionale delineato nel piano di razionalizzazione.

L'obbligo di motivazione può ritenersi soddisfatto anche *per relationem* con il piano operativo o con i documenti tecnici che ne sono alla base ed è funzionale a consentire il sindacato di legittimità su tali atti, permettendo di verificare la corrispondenza tra il fine concreto perseguito dall'amministrazione e l'obiettivo generale al cui conseguimento sono finalizzati il potere di attuare la razionalizzazione e gli strumenti a tal scopo preordinati. La divergenza tra il fine concreto e l'obiettivo individuato dal legislatore espone la deliberazione alla censura di illegittimità per sviamento del potere²⁷.

3. Il d.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica)

Nel primo paragrafo di questa relazione, si è cercato di ricostruire, seppur sinteticamente, il quadro normativo di riferimento della materia in questi ultimi dieci anni e al termine dell'analisi si è osservato che pur in presenza di disposizioni che si sono sedimentate anche in modo disorganico, dalla lettura

²⁵ Cfr. C. conti, Sez. Lombardia citata n. 140/2016.

²⁶ Cfr. C. conti Sez. Liguria, n. 108/2016/PRSE.

²⁷ In tal senso, C. conti Sez. contr. Abruzzo, n. 228/2016/VSG.

delle norme si rileva un filo conduttore che ha motivato il Legislatore nei diversi interventi: rafforzare il controllo sulla costituzione di un numero eccessivo di società partecipate, in particolare da parte degli enti locali, attraverso la dismissione di quelle società non necessarie ai fini istituzionali degli enti partecipanti; contenere la spesa pubblica e rendere più efficiente il sistema.

3.1 I criteri alla base della scelta organizzativa

Dare concretezza a questi principi è stato il compito della Corte dei conti in particolare nelle sue sedi regionali di controllo, come si è cercato di illustrare nel precedente paragrafo. Nell'affrontare, anche in questo caso succintamente, la disciplina del ricorso allo strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni nel T.U., non può non rilevarsi come il Legislatore in più punti abbia tenuto conto proprio delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza contabile.

Il principio del rispetto dell'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, anche al fine della tutela e della promozione della concorrenza e del mercato, nonché della razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica, è espresso chiaramente dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 175/2016 ed è stato più volte affermato dalle delibere della Corte dei conti. Infatti, il concetto di "efficienza della gestione" si declina nella inerenza, necessità, convenienza economica della partecipazione.

L'acquisto e il mantenimento della partecipazione in una società sono preliminarmente subordinati alla stretta necessità della partecipazione medesima per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione (art. 4, comma 1 T.U.)²⁸ e al vincolo relativo alle attività perseguibili mediante lo strumento societario individuato attraverso la rigorosa classificazione contenuta ai commi 2 e ss del medesimo art. 4. Il Legislatore ha così operato nel rispetto della delega prefigurata nell'art. 18 della legge n. 124/2015 con la finalità di garantire la chiarezza e la semplificazione normativa, nonché di tutelare e stimolare la concorrenza.

È da osservare che la norma non contiene più il riferimento alla "indispensabilità" della partecipata al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente partecipante di cui all'art. 611 della legge di stabilità 2015, che nella giurisprudenza contabile presuppone un'ulteriore valutazione sotto il profilo della indispensabilità e strategicità dello strumento societario rispetto ad altre differenti forme organizzative. Come osservato nel precedente paragrafo, ne consegue l'obbligo di una specifica ulteriore motivazione anche sotto il profilo dell'esternalizzazione rispetto ad altre differenti scelte organizzative (ad es., internalizzazione, strumenti negoziali, ecc.), motivazione che va supportata da idonee analisi comparative dei costi - attuali e potenziali - anche con riferimento alle diverse opzioni gestionali che si profilano per l'ente²⁹.

Il successivo art. 5 è il necessario corollario del precedente e al fine di evitare comportamenti elusivi dei vincoli alla costituzione o partecipazione a società, richiede un'analitica motivazione "*con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano*

²⁸ La Sezione di controllo per l'Emilia-Romagna, delibera n. 24/2017/VSGC di approvazione della Relazione 2016 sui risultati del piano di razionalizzazione delle società partecipate - Provincia di Ferrara, ha ribadito *..l'improcrastinabile necessità di un attento approfondimento da parte dell'Ente della valutazione di stretta necessità delle partecipazioni pubbliche (per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali) come prescritto all'art.4 del d.lgs. n.175/2016, da realizzarsi attraverso un adeguato percorso istruttorio e motivazionale.* "

Come già osservato con riferimento alla previgente normativa, si tratta di una condizione oggetto di diverse pronunce delle Sezioni regionali di controllo e della magistratura amministrativa. Per tutte, cfr. Sez. contr. Liguria, deliberazione n. 79/2015/PAR; Sez. contr. Lombardia deliberazione n. 387/2015/PAR; TAR Piemonte, sent. n. 1739/2015

²⁹ Cfr. Sez. contr. Sicilia, delibera n. 61/2016/INPR.

della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato.”.

Pur nella diversa formulazione della norma rispetto a quanto indicato dal comma 611 dell'art. 1 della legge n. 190/2014, l'onere di adeguata motivazione dell'atto deliberativo di gestire le funzioni mediante società partecipate non appare indebolito nella nuova disciplina.

Dell'obbligo di motivazione come principio di carattere generale, posto dall'art. 3 della legge n. 241/1990, e già previsto nella materia *de qua* dall'art. 3, comma 28 della legge n. 244/2007, si è detto. Anche in questo caso i criteri elaborati dalla giurisprudenza contabile sulla base del previgente ordinamento sono stati sostanzialmente trasposti nel nuovo testo normativo.

3.2 L'invio alla Corte dei conti dell'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta

Una particolare attenzione richiede il comma 3 dell'art. 5 laddove dispone l'invio dell'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, *“a fini conoscitivi”*, oltre che all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che potrà esercitare i poteri di cui all'art. 21-bis della legge n. 287/1990. La norma è nuova ed è l'approdo conclusivo di un ampio dibattito svoltosi prima dell'approvazione finale del testo normativo.

Merita di essere ricordato che lo schema di decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei ministri il 20 gennaio 2016, prevedeva che *“Prima dell'adozione, l'amministrazione che costituisce la società o acquista la partecipazione diretta o indiretta invia lo schema di atto deliberativo alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi del comma 4. La Corte dei conti può formulare rilievi sul rispetto delle disposizioni di cui al comma 1 nonché sulla coerenza con il piano di razionalizzazione previsto dall'art 20, ove adottato, entro il termine perentorio di 30 giorni dalla ricezione dell'atto deliberativo. La Sezione può chiedere per una sola volta chiarimenti all'amministrazione pubblica interessata, con conseguente interruzione del suddetto termine. L'atto deliberativo deve essere motivato con specifico riferimento ai rilievi formulati dalla Corte dei conti “.*

Il testo è stato oggetto di diverse osservazioni critiche per la difficoltà di qualificare la natura giuridica dei compiti affidati alla Corte e la loro riconducibilità nell'ambito sia del controllo sia dell'attività consultiva; ciò in quanto il controllo presuppone che l'atto sia definitivo e non si esercita mai su provvedimenti il cui iter non si sia ancora concluso, mentre l'attività consultiva non si accorda con la procedimentalizzazione delle attività della Corte prevista nella norma proposta.

Accogliendo tali indicazioni, il Legislatore ha semplificato la procedura e disposto l'obbligo a carico dell'amministrazione dell'invio *“a fini conoscitivi”* dell'atto deliberativo. Con detta locuzione il Legislatore ha inteso qualificare la funzione di controllo della Corte, escludendone la natura di controllo preventivo di legittimità con finalità interdittive dell'efficacia dell'atto.

Così definito *“cosa non è”* il controllo della Corte sugli atti deliberativi di costituzione di una società (o di acquisto di partecipazioni), occorre chiedersi quali siano il significato e il contenuto da dare alla espressione *“a fini conoscitivi”*.

In attesa che la giurisprudenza della Corte dei conti, in particolare delle Sezioni Riunite in sede di controllo considerata la valenza generale della tematica³⁰, definisca le procedure e le modalità cui le Sezioni competenti dovranno attenersi, sono possibili alcune osservazioni che muovono dalla considerazione che la deliberazione è trasmessa alla Corte prima che la società sia costituita o l'acquisizione sia perfezionata, in uno spazio procedimentale nel quale le osservazioni della Sezione competente potrebbero indurre l'amministrazione a rivedere, nell'ambito della propria autonomia e con l'assunzione della connessa responsabilità, le proprie scelte organizzative.

Ove si accedesse all'interpretazione che l'invio delle deliberazioni di costituzione e di acquisizione di società partecipate si declini in una mera informazione dell'avvenuta approvazione dell'atto deliberativo, con la preclusione per le competenti Sezioni di controllo di esprimersi già in questa fase sulla conformità dell'atto medesimo ai parametri normativi, la valutazione verrebbe rinviata al momento dell'esame del piano di razionalizzazione, rendendo più complessa l'adozione dei conseguenti eventuali provvedimenti in sede di autotutela.

3.3 I piani di razionalizzazione ordinaria e straordinaria

Gli articoli 20 e 24 hanno disposto, rispettivamente, un piano di razionalizzazione ordinario con cadenza annuale e un piano straordinario da predisporre *una tantum*, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del T.U., con riguardo alle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del decreto. Il piano straordinario costituisce per le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 611 della legge n. 190/2014, che hanno già adottato un piano di razionalizzazione entro il 30 aprile 2015, aggiornamento del piano operativo predisposto ai sensi del comma 612 (in tal senso il comma 2, dell'art. 24). Gli enti che avevano già predisposto detto piano e la sua rendicontazione, devono dunque procedere ad una ulteriore analisi ricognitiva delle partecipate detenute alla data di entrata in vigore del T.U., individuando quelle che devono essere alienate.

Mentre i commi 611 e 612, dell'art. 1 della legge di stabilità 2015 limitavano alle regioni, agli enti locali, alle camere di commercio e all'università la definizione e l'adozione dei piani operativi di razionalizzazione delle partecipate, l'art. 20 si rivolge a tutte le amministrazioni pubbliche e rende ordinario l'obbligo di razionalizzazione che la legge n. 190/2014 aveva introdotto come eccezionale. Con ciò si sottolinea la volontà del Legislatore di ridurre gli ambiti di discrezionalità, che hanno consentito in passato alle amministrazioni di costituire o mantenere partecipazioni pur in assenza dei requisiti richiesti.

Il secondo comma dell'art. 20 individua le fattispecie dalle quali consegue l'obbligo per le amministrazioni di adottare i piani di razionalizzazione nell'ambito dell'analisi annuale dell'assetto complessivo delle società partecipate. L'elencazione dei parametri di riferimento sottolinea l'esigenza che la scelta di esternalizzare i servizi sia preceduta dalla valutazione della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della stessa con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Oltre ad alcuni parametri già specificati dalla previgente normativa, al fine di contenere il ricorso alla partecipazione in società di ridotte dimensioni, come tali non in grado di assicurare servizi efficienti, la norma dispone interventi di razionalizzazioni nei confronti di società che hanno conseguito nel

³⁰ La norma prevede che “.. per gli atti delle amministrazioni dello Stato è competente l'ufficio di controllo di legittimità sugli atti; 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; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte di conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi. “.

triennio precedente un fatturato medio non superiore a un milione di euro (comma 2, lett. d). Si tratta di un parametro che non era previsto dall'art.1 del più volte richiamato comma 611 e che dimostra la volontà del Legislatore di contrastare il ricorso alle "micro partecipazioni", che non producono efficienti servizi alla collettività.

Mentre la ricognizione straordinaria deve avvenire entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del T.U., il termine per la razionalizzazione periodica, necessariamente successiva, è stato stabilito al 31 dicembre 2017³¹.

Con riguardo al provvedimento di ricognizione straordinaria il comma 3, dell'art. 24 ne dispone l'invio alla competente sezione della Corte dei conti (e alla struttura che deve essere costituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze per il controllo e il monitoraggio dell'attuazione del decreto legislativo) "*perché verifichi il puntuale adempimento degli obblighi di cui al presente articolo.*", senza nulla dire in merito alla natura e agli esiti dell'attività di controllo rimessa alla Corte.

Richiamando quanto già sottolineato nel precedente paragrafo, per quanto riguarda il primo aspetto, il controllo della magistratura contabile non può che essere inquadrato nell'ambito del controllo di legittimità (la norma individua la finalità dell'esame della competente Sezione nella verifica del puntuale adempimento degli obblighi indicati dalla norma) e di legalità finanziaria della scelta dell'amministrazione.

3.4 Gli esiti del controllo

Con riferimento agli esiti del controllo, si osserva che analogo generico invio era previsto dalla previgente normativa (dal comma 612 dell'art. 1 della legge di stabilità 2015); la giurisprudenza della Corte dei conti, all'esito negativo del procedimento di controllo dei piani di razionalizzazione, ha fatto conseguire pronunce di accertamento delle illegittimità riscontrate, con successiva trasmissione delle delibere agli organi di governo, al fine di consentire agli stessi di intervenire sollecitando l'adozione di misure correttive.

In assenza di altre specifiche indicazioni normative degli effetti di una dichiarazione di non conformità, appare coerente con la nuova disciplina seguire un analogo procedimento, che valorizza l'effetto di incentivo all'autocorrezione.

Un'ultima considerazione, sempre con riguardo all'ipotesi di esiti non positivi del controllo sulla conformità ai parametri normativi; potrebbero emergere irregolarità, anche con riguardo alla ricorrenza dei parametri di cui all'art. 20, comma 2 (società prive di dipendenti o con un numero di amministratori superiore, gestione in costante perdita ..) che potrebbero condurre, secondo le regole generali, alla prospettazione di un'ipotesi di responsabilità amministrativa con la conseguente comunicazione della delibera adottata dalla Sezione regionale di controllo alla competente Procura regionale.

3.5 Le sanzioni

Il T.U. prevede un sistema sanzionatorio a carico degli enti che non danno attuazione ai principi di razionalizzazione.

Con riguardo alla mancata adozione del piano di revisione straordinaria o di mancata alienazione della partecipata entro il termine previsto dal comma 4, il successivo comma 5 dell'art. 24 dispone

³¹ Nel decreto correttivo attualmente all'esame parlamentare i termini per la presentazione dei piani di razionalizzazione dovrebbero essere differiti.

che al socio pubblico sia inibito l'esercizio dei diritti sociali e, salvo il potere di alienare la partecipazione, la liquidazione della società ai sensi dell'art. 2437-ter, secondo comma con il procedimento di cui all'art. 2437-*quater* c.c.. Il socio pubblico ancorché di minoranza, può dismettere la propria quota societaria anche contro la volontà degli altri soci.

Analoga previsione era disposta dal comma 569 dell'art. 1 della legge 147/2013 (Finanziaria 2014), che prescriveva la cessazione "ad ogni effetto" della partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica entro il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'art. 3 della legge n. 244/2007 (successivamente prorogato di dodici mesi). Il socio pubblico era obbligato al recesso e la società tenuta alla liquidazione in denaro del valore della quota in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma c.c..

Il successivo comma 569-*bis*³² aveva escluso dall'applicazione del richiamato disposto normativo gli enti che, ai sensi dell'articolo 1, commi 611 e 612, della legge n. 190/2014, avevano mantenuto la propria partecipazione, mediante l'approvazione di apposito piano operativo di razionalizzazione, in società ed altri organismi aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche solo limitatamente ad alcune attività o rami d'impresa, assegnando la competenza relativa all'approvazione del provvedimento di cessazione della partecipazione societaria all'assemblea dei soci.

Il T.U. (art. 28), nell'intento di rafforzare i processi di razionalizzazione, abroga il comma 569-*bis*, disponendo la liquidazione in denaro della quota non alienata (ai sensi dell'art. 2437-ter) e rinviando quanto al procedimento di liquidazione delle quote all'art. 2437-*quater*.

Prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, sui rapporti tra i commi 569 e 569-*bis* si sono espresse alcune sezioni regionali di controllo. In particolare la Sezione regionale di controllo per le Marche (n. SRCMAR/25/2014/PAR) aveva affermato che la procedura di dismissione non appare "riconducibile a istituti tipici del diritto societario in coerenza, del resto, con la tendenza del legislatore a ritagliare in favore delle società a partecipazione pubblica regimi differenziati e speciali che vanno ad affiancare il corpus delle norme di diritto comune ordinariamente applicabili alle stesse". Valorizzando tale carattere di specialità, che indubbiamente connota anche la disposizione di cui all'art. 1 comma 569 della legge di stabilità 2014, il Collegio aveva ritenuto non pertinente il richiamo *tout court* all'istituto del recesso, cui pure il legislatore faceva rinvio richiamando – in maniera indifferenziata senza scriminare tra società per azioni e società a responsabilità limitata – il disposto di cui all'art. 2437-ter, secondo comma c.c.. Proseguiva, affermando che non può "annettersi valore dirimente al citato richiamo normativo poiché lo stesso attiene unicamente alla individuazione dei criteri per la liquidazione della partecipazione del socio cessato e non assurge, dunque, a più generale criterio qualificatorio".

Nella citata delibera si concludeva affermando che "a sostegno di siffatta ricostruzione, giova evidenziare come l'iter procedimentale tratteggiato dalla legge 147/2013 – nel prevedere meccanismi preclusivi che ex lege inibiscono la prosecuzione del rapporto societario – costituisca uno strumento assolutamente peculiare e non risulti sovrapponibile alla distinta, e ben più articolata, sequenza prevista dal codice civile in materia di recesso (cfr. artt. 2437, 2437-*bis*, 2437-ter, 2437-*quater*, 2437-*quinquies*)".

³² Comma inserito dall'art. 7, comma 8-*bis*, d.l. n. 78/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125/2015.

Successivamente, la Sezione del controllo per il Friuli Venezia Giulia (delibera n. 158/2015/PAR) ha affrontato la problematica muovendo da un'interpretazione letterale del termine "cessare" che sembrerebbe condurre ad *"una sorta di estinzione automatica della partecipazione detenuta dalla pubblica amministrazione, in ciò configurando un fenomeno inedito ed assolutamente sui generis nel contesto del diritto societario attuale. Pertanto, in capo all'ex socio ente pubblico permarrrebbe unicamente un diritto di credito al corrispondente valore di liquidazione, cui corrisponderebbe il relativo debito in capo alla società partecipata."* La società partecipata sarebbe pertanto *"assoggettata all'obbligo di procedere al rimborso della partecipazione estinta, obbligo al quale non potrà che fare fronte mediante i propri mezzi patrimoniali e, in ultima istanza, mediante messa in liquidazione (scenario peraltro inevitabile in caso di partecipata totalitaria)."*

La Sezione ha tuttavia ritenuto tale interpretazione letterale poco convincente ed ha osservato che *"il rinvio all'art.2437-ter cod. civ. consente una forma di liquidazione del socio pubblico che intende dismettere la sua partecipazione, ulteriore rispetto ai presupposti del recesso tipizzati dall'art.2437 cod. civ. (quali: la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società; la trasformazione della società; il trasferimento della sede sociale all'estero; la revoca dello stato di liquidazione; l'eliminazione di una o più cause di recesso previste dal successivo comma ovvero dallo statuto; la modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso; le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione). Sebbene tale forma di liquidazione delle quote di partecipazione dell'ente pubblico non possa essere completamente assimilato al recesso codicistico, ragioni di ordine sistematico inducono a propendere per una lettura più ampia della norma, individuando in essa un'ipotesi di recesso extra ordinem e sui generis conseguente alla mancata dismissione delle partecipazioni in esame entro il termine legale"*.

A parere della Sezione è stata dunque introdotta una forma di liquidazione peculiare rispetto ai presupposti stabiliti nel codice civile per il recesso, introducendo *ex lege* una ipotesi speciale valida solo per le società partecipate da enti pubblici e apparendo non incoerente la riconducibilità sistematica della norma di cui al comma 569 dell'art.1 della L.147/2013 (che rinvia all'art.2437-ter cod. civ.) agli istituti consolidati del diritto societario.

Conclude il Collegio che, *"pur escludendo il rinvio integrale all'intera sequenza codicistica, appare comunque applicabile parte della normativa civilistica in tema di recesso, incluso il procedimento di liquidazione e cancellazione delle quote sociali, come fissato dall'art. 2437-quater cod. civ. a mente del quale vi sarebbe la possibilità di riacquisto delle partecipazioni oggetto di recesso da parte in primis degli altri soci, rimanendo secondaria ed eventuale l'ipotesi di collocamento presso terzi."*

Secondo tale norma, in caso di mancato collocamento, entro centottanta giorni dalla comunicazione del recesso, le azioni del recedente vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 2357 c.c.. Solo qualora non vi siano utili e riserve disponibili, deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società. L'intento del Legislatore *"è stato proprio quello di superare le difficoltà di cessione a terzi, prevedendo una ipotesi di recesso extra ordinem e sui generis, ulteriore rispetto a quelle ordinarie contemplate dall'art. 2437 c.c."*. A conclusioni non dissimili si è giunti anche con riguardo alle fattispecie di cui all'art.1, commi 611 e 612 della legge 190/2014³³.

³³ Al riguardo, il TAR di Brescia, prima dell'entrata in vigore del comma 569-bis, con la sentenza n.1305/2015, ha avuto modo di affermare che: *"il fatto che nell'art. 1 commi 611 e 612 della legge 190/2014 non sia richiamata la facoltà di*

Anche alla luce della giurisprudenza richiamata, il rinvio all'art. 2437-ter induce a ritenere che il Legislatore abbia inteso prevedere una ulteriore ipotesi di recesso rispetto alle fattispecie di cui all'art. 2437 c.c., in questo caso obbligato, al quale è tenuto il socio pubblico al verificarsi di determinate condizioni. Recesso al quale si applicano i criteri di determinazione del valore delle azioni previsti dal comma 2347-ter e il procedimento di cui all'art. 2437-quater³⁴.

In conclusione, con l'abrogazione del comma 569-bis è stato rafforzato il diritto del socio pubblico a dismettere la partecipazione in presenza dei parametri indicati dalla legge, alla luce dei quali la società partecipata non è più funzionale alle finalità dell'ente.

Il sistema sanzionatorio civilistico di cui all'art. 24 – commi da 5 a 9 - è esteso dal comma 7 dell'art. 20 alle ipotesi di omessa adozione degli atti attraverso i quali si sviluppano i procedimenti ordinari di razionalizzazione, con l'ulteriore specifica previsione di una sanzione amministrativa - pagamento di una somma da un minimo di euro 5.000 ad un massimo di euro 500.000, salvo il danno eventualmente rilevato in sede di giudizio amministrativo contabile - comminata dalle competenti sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti.

L'ordinamento contabile già conosce ipotesi di sanzioni pecuniarie quali quelle, a tipo esemplificativo, comminate all'agente contabile che non abbia ottemperato all'obbligo di tempestiva presentazione del conto giudiziale³⁵ (ai fini del relativo accertamento è sufficiente la mera violazione dell'obbligo di legge; ciò che viene sanzionato è infatti il mero inadempimento³⁶), e in materia di indebitamento, nel caso in cui l'ente vi ricorra per finanziarie spese diverse da quelle di investimento³⁷.

recedere, e di ottenere così la liquidazione delle azioni, non sembra costituire un ostacolo all'estensione di questo strumento in via interpretativa. Quando è ammesso il recesso, infatti, la liquidazione è certa, trattandosi di un diritto del socio riconosciuto e regolato dal codice civile, e viene conseguita indipendentemente dalla composizione sociale e dalla quota detenuta. Se invece non vi fosse la possibilità di recedere, e parallelamente la procedura di vendita delle azioni andasse deserta, l'unico modo per uscire dalla società sarebbe il consenso di tutti gli altri soci, con esiti variabili a seconda delle circostanze concrete...Tutto questo vanificherebbe l'obiettivo fissato dal legislatore, e in definitiva costringerebbe l'ente pubblico a rimanere associato a un rischio di impresa che non corrisponde più alle proprie finalità istituzionali. Di conseguenza, il recesso appare come l'elemento che riporta in equilibrio la procedura di abbandono delle partecipazioni azionarie non strategiche”.

³⁴ Sul punto, cfr. le delibere della Sez. contr. Lombardia, nn. 7, 17, 18, 140 e 141/2016/VSG, con le quali è stato osservato “La norma permette la cessazione degli effetti della partecipazione ritenuta (anche implicitamente) non inerente in caso di assenza di acquirenti, producendo per legge l'inefficacia del rapporto sociale di partecipazione dell'ente pubblico, ed il conseguente diritto di ottenere, nei dodici mesi successivi, la liquidazione del valore della quota di proprietà (secondo criteri di valorizzazione predeterminati, aventi fonte nell'art. 2437-ter, secondo comma, del codice civile). L'introduzione della disposizione consente al socio pubblico di dismettere le quote societarie di minoranza anche contro il volere degli altri soci. Infatti, come noto, al fine di procedere allo scioglimento della società occorre possedere la maggioranza delle azioni o delle quote (cfr. artt. 2484 cod. civ.). Inoltre, sempre il codice civile prevede dei limiti al recesso del socio dalle società di capitali (cfr. artt. 2347 e 2473 cod. civ.), i cui presupposti concreti (elencati dalla legge, ed ampliabili dallo statuto) potrebbero non permettere al socio pubblico di recedere da una società anche se ritenuta, in base alla norma di finanza pubblica del 2007, richiamata dalla legge di stabilità per il 2015, non inerente al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.”.

³⁵ Art. 45, comma 2 lett. c) e 46, comma 1 del r.d. 1214/1934

³⁶ Corte conti, Sez. giur. Molise, n. 126/2005;

³⁷ Art. 30, comma 15 legge 289/2002 (Finanziaria 2003) e art. 3, comma 56 della legge n. 244/2007 (Finanziaria 2008). Le Sezioni Riunite della Corte dei conti, sent. n. 12/QM/22007, con riguardo a tali ultime disposizioni, ha affermato che dette fattispecie “si inquadrano in quel sistema tipizzato di fattispecie di responsabilità sanzionatoria che si è venuto delineando, negli ultimi anni, mediante la previsione, sul piano legislativo, di fattispecie tipizzate di illeciti amministrativo-contabili, che si aggiungono alle tradizionali fattispecie di responsabilità sanzionatoria già conosciute dall'ordinamento e rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti (...) che stanno dando luogo ad un vero e proprio sistema sanzionatorio contabile (sfr. Sez. reg. Umbria n. 128/2007) che si affianca, nella tutela delle risorse pubbliche,

La giurisprudenza contabile ha ritenuto di seguire in queste fattispecie la disciplina dell'ordinario giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti³⁸: l'iniziativa spetta al Procuratore regionale, che deve preventivamente emettere l'invito a dedurre, valutazione della sussistenza del dolo e della colpa grave.

Occorre, peraltro, sottolineare che il procedimento dovrà ora attenersi al nuovo codice di procedura contabile, approvato con il d.lgs. n. 174/2016

Simonetta Rosa

Presidente della Sezione di controllo per la Lombardia

Pubblicato il 12 maggio 2017

al sistema tradizionale della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio basato sulla clausola generale del risarcimento dei danni.”.

³⁸ Sezioni Riunite, sent. n. 12/QM/2007.