

Il “parere” ex art. 5 Tusp è un controllo successivo di legittimità?

Sommario: 1. *Premessa. Una norma di compromesso.* – 2. *Il contributo della Sezione regionale di controllo per il Lazio.* – 3. *Il problema dell’oggetto del controllo, fra atto e motivazione.* – 4. *Gli effetti del parere negativo: autotutela vincolata?* – 5. *Una possibile lettura alternativa.*

1. *Premessa. Una norma di compromesso*

La pronuncia in commento rappresenta uno dei contributi più significativi nella direzione di individuare, per il parere previsto dall’art. 5 Tusp sugli atti deliberativi in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, una collocazione nel

quadro dei controlli intestati alla Corte dei conti e, in particolare, alle sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite, con la deliberazione n. 16/2022, hanno chiarito che la novella legislativa ha affidato alla Corte una nuova forma di controllo, non riconducibile alla funzione consultiva. Molti dubbi permangono, tuttavia, circa la natura del controllo, i suoi limiti e le concrete modalità operative dell'istituto. La deliberazione della Sezione Lazio tenta di fornire una risposta ad alcuni di questi interrogativi.

Prima di affrontare la sua analisi è opportuno, tuttavia, spendere alcune parole sulla genesi della norma attribuita della nuova competenza, che può offrire elementi utili alla sua interpretazione.

La legge per la concorrenza 2021 (l. 5 agosto 2022, n. 118), all'esito di un complesso viatico parlamentare (1), sembra infatti aver optato, sul punto, per una soluzione di compromesso.

La versione iniziale del disegno di legge governativo (2) prevedeva – in materia di servizi pubblici locali – un ruolo estremamente incisivo dell'Agcm, chiamata ad esprimersi in via preventiva sulla decisione dell'ente di ricorrere all'autoproduzione, nonché – sugli atti deliberativi in materia di partecipazioni societarie – un parere della Corte dei conti “in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficacia, efficienza ed economicità”.

Nel corso dell'esame del disegno di legge, la nuova competenza dell'Agcm veniva eliminata ma, parallelamente, erano avanzate proposte emendative nelle quali al parere della Corte si sostituiva una deliberazione con effetti vincolanti, espressamente qualificata come impugnabile innanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione (3).

Diversa e, in un certo senso, “ibrida” è la soluzione accolta nel testo definitivo, probabilmente frutto di un compromesso raggiunto in sede parlamentare.

L'invio dell'atto deliberativo alla Corte dei conti, già previsto a fini conoscitivi (4), diviene funzionale all'emissione di un parere, il cui oggetto è rappresentato essenzialmente dalla conformità a norme giuridiche. Il parere della Corte dev'essere reso entro un termine perentorio (60 giorni), non ha carattere vincolante ma obbliga, se negativo, a “motivare analiticamente” le ragioni per le quali l'amministrazione intende discostarsene, dandone adeguata pubblicità.

(1) Sul quale v. *Iter parlamentare del d.d.l. S. 2469*, e i relativi dossier, in <www.senato.it>.

(2) D.d.l. n. 2469, XVIII legislatura, in <www.senato.it>.

(3) Cfr., oltre agli atti parlamentari già citati, Confindustria, *Nota di aggiornamento sul d.d.l. concorrenza 2021*, in <www.confindustria.it>, 4 agosto 2022, nonché C. Fotina, *Pnrr, il D.d.l. concorrenza arranca frenata sui servizi pubblici locali*, in <www.ilsole24ore.com>, 5 maggio 2022.

(4) Sulla sua integrazione nell'esistente sistema dei controlli v. F.A. Cancilla, *Le società a partecipazione pubblica*, Roma, Direkta, 2019, 63 ss.

Appare chiara la finalità del parere, volto a presidiare il rispetto dei limiti e delle condizioni che il legislatore ha posto all'utilizzo dello strumento societario, in coerenza con le finalità generali del testo unico. La possibilità di ricorrere allo strumento societario per perseguire i fini istituzionali dell'ente pubblico è infatti fortemente limitata sotto il profilo sostanziale e procedurale dalle norme del d.lgs. n. 175/2016 (5).

A tale scopo, il legislatore ha dapprima assoggettato l'atto deliberativo a motivazione rafforzata (“onere di motivazione analitica”) (6) e precisato il rapporto tra questo e gli atti negoziali attuativi: l'invalidità dei primi determina l'inefficacia dei secondi (7).

Tra la fase pubblicistica e quella privatistica, si inserisce ora la pronuncia della Corte, a garanzia della quale è previsto un termine di *standstill* in cui sembra preclusa all'amministrazione la possibilità di dare seguito alle proprie determinazioni (così, espressamente, la deliberazione in commento).

Inevitabile domandarsi in cosa consista, concretamente, il nuovo controllo “in forma” di parere. Il legislatore non ha voluto sottoporre al controllo preventivo di legittimità gli atti in questione, né assoggettarli esplicitamente a un controllo successivo. Allo stesso tempo, ha però scartato la soluzione inizialmente proposta dal Governo, quella di un parere relativo alla sostenibilità finanziaria della scelta, più facilmente riconducibile alla funzione consultiva.

2. Il contributo della Sezione regionale di controllo per il Lazio

Nella pronuncia in commento, il controllo *ex art. 5 Tusp* è esplicitamente ricondotto alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità (par. 4.5 della motivazione in diritto) e descritto quale controllo successivo agganciato a parametri di sostenibilità finanziaria, ai sensi dell'art. 20 della l. n. 243/2012 (par. 4.2).

L'oggetto del controllo è individuato nella legittimità della scelta compiuta dall'amministrazione, sia pure per il tramite dello scrutinio sulla “motivazione analitica”. Afferma infatti la Sezione Lazio (par.

(5) Per questa lettura del d.lgs. n. 175/2016, in relazione alla generale capacità giuridica di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, v. A. Blasini, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica* in *Dir. amm.*, 2018, in particolare 433-435.

(6) Il generale obbligo (o dovere) di motivazione (art. 3 l. n. 241/1990) diviene “onere”, nelle parole del legislatore, tradendo lo sfavore per lo strumento societario, la cui ammissibilità è assoggettata al soddisfacimento di un *onere probatorio* circa la sussistenza di sufficienti ragioni per farvi ricorso.

(7) Art. 8, c. 2, Tusp. Secondo la lettera della disposizione, sia la totale mancanza dell'atto deliberativo che l'esistenza di un atto illegittimo ma efficace (ad esempio, perché divenuto inoppugnabile) priverrebbero comunque di efficacia l'atto negoziale attuativo (da considerarsi nullo?). La scarsa attenzione per le categorie giuridiche, che interessa ormai anche gli interventi sulla legge sul procedimento amministrativo, è fortemente stigmatizzata dalla dottrina: v. M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2019, in particolare 589 ss.

7.2.2) che il controllo sull'atto deliberativo “non può essere meramente formale, ossia consistente nel solo riscontro dell'esistenza di una motivazione analitica del provvedimento”, ma che esso si concreta in un “rigoroso sindacato estrinseco del percorso ragionativo della motivazione e della documentazione data” (sul punto si tornerà nel prosieguo)

Circa gli effetti del parere negativo della Corte, la pronuncia afferma che esso obbligherebbe l'amministrazione (par. 4.1) al riesame in senso tecnico dell'atto deliberativo, nell'esercizio di autotutela vincolata. In questo senso il controllo produrrebbe i suoi effetti non nei confronti dell'atto, ma nei confronti dell'ente, in coerenza con l'art. 20 della l. n. 243/2012 (par. 4.2).

Si tratterebbe, quindi, di un peculiare controllo sugli atti, che produce i suoi effetti sull'amministrazione che li ha adottati, riconducibile – per i parametri e per la natura dicotomica dell'esito – alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità (8).

Un controllo, tuttavia, che per l'oggetto e il particolare effetto prodotto, mostra evidenti affinità con la categoria dei controlli successivi di legittimità. È rispetto a questi ultimi, in effetti, che si è prospettata la doverosa rimozione dell'atto in autotutela quale conseguenza dell'esito negativo (9).

3. Il problema dell'oggetto del controllo, fra atto e motivazione

L'art. 5 Tusp individua l'oggetto del controllo nella conformità dell'atto deliberativo a norme giuridiche, ma non risparmia un richiamo alla sostenibilità finanziaria e ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, cui faceva esclusivo riferimento la versione originaria del disegno di legge.

In proposito, la deliberazione in commento si limita a evidenziare come la posizione costituzionale della Corte impedisca una valutazione delle possibili scelte alternative dell'amministrazione, precisando peraltro che a tale conclusione si giunge “considerata la natura giudiziaria del controllo” (par. 7.2).

La Sezione Lazio, in concreto, esercita un controllo non distinguibile, sul piano dell'oggetto, delle modalità e dei parametri, dal controllo di legittimità sugli atti (nel caso di specie, successivo), svolto attraverso un “rigoroso sindacato estrinseco del percorso ragio-

nativo della motivazione e della documentazione data”.

Sul punto è opportuno soffermarsi.

Nel mai sopito dibattito sul rapporto tra potere amministrativo e sindacato giurisdizionale, le locuzioni “sindacato debole/sindacato forte” hanno ormai soppiantato la più tradizionale dicotomia tra sindacato estrinseco ed intrinseco. Si ritiene infatti comunemente che i poteri oggi attribuiti al giudice amministrativo consentano l'accesso diretto al fatto, superando lo “schermo” del provvedimento (10). È proprio l'accesso diretto al fatto a sollevare il problema del sindacato c.d. forte o sostitutivo, della cui ammissibilità si discute con particolare riferimento alle valutazioni tecniche (11).

La Corte dei conti, nel tradizionale controllo preventivo di legittimità sugli atti, come nelle ipotesi di controllo successivo, non dispone di mezzi istruttori né di tempi analoghi a quelli del giudice amministrativo. Da ciò si potrebbe dedurre che il suo sindacato sugli atti sia necessariamente di tipo estrinseco.

Le Sezioni riunite, nella deliberazione n. 16/2022, hanno delineato i criteri generali per l'esercizio del controllo ex art. 5 Tusp richiamando le acquisizioni della giurisprudenza in materia di sindacato sulle valutazioni tecniche e concludendo nel senso di un sindacato che potrebbe definirsi intrinseco, riguardando l'attendibilità delle valutazioni effettuate, ma che è pur sempre riferito all'adeguatezza dell'istruttoria e alla complessiva ragionevolezza delle conclusioni dell'amministrazione (12). In un contesto in cui è esclusa la consulenza tecnica, del resto, è difficile immaginare un sindacato intrinseco nel senso in cui la giurisprudenza amministrativa normalmente lo intende.

Più delle definizioni, è però il concreto atteggiarsi del sindacato sulle scelte dell'amministrazione ad assumere rilievo.

(10) *Ex multis*, M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 290. L'origine della svolta è ricondotta alla decisione del Consiglio di Stato n. 610/1999.

(11) Senza che siano state, ad oggi, individuate soluzioni soddisfacenti. L'approccio casistico e settoriale della giurisprudenza è ben illustrato in un recente saggio: A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, Jovene, 2021.

(12) “Nell'esame previsto dall'art. 5, c. 3, Tusp sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, la competente sezione della Corte dei conti verifica la completezza e l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'amministrazione, anche in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame, nonché l'affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l'amministrazione” (Corte conti, Sez. riun. contr., 3 novembre, 2022, n. 16, in questa *Rivista*, 2022, 6, 85).

(8) Ricondurre il parere ex art. 5 Tusp alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità solleva il problema della sua impugnabilità ai sensi dell'art. 11 c.g.c., espressamente affrontato nella discussione parlamentare, ma con riferimento alle proposte in cui la pronuncia della corte non era qualificata come parere ed era vincolante per l'amministrazione (v. memoria delle Sezioni riunite in sede di controllo alla 10ª Commissione permanente del Senato della Repubblica, n. 1/2022/Aud). Si ritornerà sul punto nelle conclusioni.

(9) V. M. Atelli, *I controlli successivi di legittimità su atti della Corte dei conti: effettività e portata*, in questa *Rivista*, 2021, 5, 25, che affronta il problema anche con riferimento ai controlli sui provvedimenti di revisione straordinaria delle partecipazioni societarie, previsti dallo stesso Tusp.

Nella deliberazione in commento, la Sezione Lazio esercita un sindacato piuttosto incisivo, che certamente si estende, oltre che al vizio di violazione di legge, all'eccesso di potere nella sua più moderna accezione, quella di vizio della funzione, che consente il controllo del percorso logico-argomentativo seguito dall'amministrazione nel controllo del perseguimento del fine pubblico (13).

È opportuno ricordare come, in passato, si dubitasse che lo stesso controllo preventivo di legittimità potesse estendersi all'eccesso di potere (14). Il problema, più che teorico, è pratico, attenendo alla effettiva possibilità di scrutinare la scelta dell'amministrazione alla luce degli elementi disponibili.

È forse per questo motivo che altre sezioni della Corte, nel rendere il parere negativo, hanno precisato che l'oggetto del proprio controllo *ex art. 5 Tusp* è rappresentato principalmente dalla motivazione (15).

L'idea di un controllo sulla motivazione (16) – e conseguentemente sull'istruttoria i cui esiti la stessa richiama – consente, fra l'altro, di valorizzare la scelta del legislatore di prevedere un supplemento di motivazione in caso di parere negativo.

Secondo le categorie tradizionali del diritto amministrativo, una motivazione viziata è infatti *sintomo* di eccesso di potere, cioè di cattivo esercizio della discrezionalità, da cui può discendere il giudizio di illegittimità del provvedimento, in assenza di elementi di segno contrario (17). Nel caso di specie, l'esito negativo del controllo può essere superato, per espressa previsione legislativa, da un supplemento di motivazione, dal quale possono emergere elementi che dimostrino il corretto perseguimento dell'interesse pubblico nel caso concreto. (si tratterebbe, in questo senso, di una motivazione "postuma", pur al di fuori del contesto processuale).

Diversa è però la prospettiva adottata dalla Sezione Lazio, che attribuisce alla motivazione sul superamento del parere negativo la natura di atto di secondo grado.

(13) V. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 447.

(14) M. Sciascia, *La Corte dei conti*, Milano, Giapeto, 2020, 57 ss.

(15) Così Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, n. 31/2023, ove si parla di controllo "rapportato principalmente all'onere motivazionale [...] in linea con il principio generale immanente all'ordinamento giuridico, secondo il quale ogni decisione amministrativa deve essere debitamente motivata".

(16) La distinzione fra vizi della motivazione in quanto tale e vizi della funzione è concettualmente possibile: v. G. Bergonzi, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, 317.

(17) P. Lazzara, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 208. Sul punto v. anche R. Cavallo Perin, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, 126.

4. Gli effetti del parere negativo: autotutela vincolata?

La pronuncia in commento considera l'ipotesi dell'esito negativo del controllo e del suo superamento da parte dell'amministrazione nella prospettiva del riesame.

Il parere negativo obbligherebbe infatti a un nuovo esercizio del potere, risultante in un provvedimento di secondo grado (quindi in un atto che sostituisce il precedente, esaminato dalla Corte).

Il riesame potrebbe avere esito caducatorio ma anche confermativo, in ciò concretandosi la possibilità di "procedere egualmente" prevista dalla norma. È l'attivazione del procedimento di riesame (18), quindi, ad essere (in tesi) doverosa.

Tale ricostruzione, certamente suggestiva, suscita alcune perplessità.

Di "autotutela vincolata" si è dibattuto, nella dottrina amministrativistica, in due contesti piuttosto diversi.

Il primo, più tradizionale, è quello in cui, trattando del fondamento del potere di autotutela e in particolare dell'annullamento d'ufficio, ci si interrogava sulla sua natura discrezionale o vincolata e si enunciavano ipotesi nelle quali esso risulterebbe doveroso. Archetipo di queste ipotesi è l'accertamento dell'illegittimità da parte del giudice ordinario, privo del potere di annullare l'atto ai sensi della legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 (19).

Il contesto in cui tali riflessioni venivano sviluppate è di molto precedente alla codificazione del potere di annullamento d'ufficio e di convalida (art. 21-*nonies* l. n. 241/1990), in cui il legislatore ha optato per una concezione dell'autotutela come potere latamente discrezionale, sottoposto a limiti temporali ed esercitabile solo in presenza di un interesse pubblico specifico alla rimozione dell'atto (20). A fronte di tale previsione generale, si è evidenziato che le eccezioni, pur ipotizzabili, richiederebbero un'espressa previsione di legge (21).

La dottrina tradizionale, inoltre, si misurava con un processo amministrativo nella quale non erano previsti azioni e poteri di condanna pubblicistica: non era

(18) Sulla necessaria distinzione tra obbligo di procedere e obbligo di provvedere, anche in relazione all'autotutela, v. S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Esi, 2017, 121 ss.

(19) V. ad esempio, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, 14^a ed., 710.

(20) In dottrina si è autorevolmente affermato come anche nei casi di autotutela doverosa il potere di annullamento d'ufficio comporta la valutazione dell'interesse pubblico: non circa l'esistenza – in positivo – di un interesse alla rimozione dell'atto, bensì – in negativo – sull'assenza di ragioni per la sua conservazione. V. ancora R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, 560, che richiamano, in proposito, V. Cerulli Irelli, *Principii del diritto amministrativo*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2005, 261.

(21) V. in proposito, M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, cit., 311.

quindi ipotizzabile alcuna forma di coercibilità dell'autotutela da parte del privato.

Proprio per questo motivo il dibattito attuale si concentra, invece, sulla (eventuale) doverosità del riesame alla luce di istanze del privato, in funzione di tutela di interessi individuali qualificati, nelle ipotesi in cui il provvedimento sia divenuto inoppugnabile (22).

La giurisprudenza in materia ammette, a livello teorico, che in particolari circostanze l'autotutela sia doverosa (23), ma sono rare le pronunce in cui tali circostanze sono accertate. Ciò per l'evidente ragione che l'autotutela doverosa (quindi coercibile) si presta all'elusione del termine il cui decorso conferisce all'atto amministrativo l'inoppugnabilità, con conseguenze indesiderabili sul piano della certezza dei rapporti giuridici.

Nel caso del controllo previsto dall'art. 5 Tusp, ci si deve, in primo luogo, domandare se un'ipotesi di autotutela vincolata sia configurabile alla luce del dettato normativo. Si può sostenere – sul piano dell'interpretazione letterale – che una norma siffatta, priva di alcun riferimento espresso a un nuovo esercizio del potere (“ove l'amministrazione interessata *intenda procedere egualmente*”), configuri un'eccezione alla regola dell'autotutela discrezionale di cui all'art. 21-*nonies*?

Ancora, ci si deve chiedere se sia realmente riconducibile alle ipotesi di annullamento d'ufficio a seguito di controllo con esito negativo un riesame (in tesi) doveroso nell'*an*, ma con possibile esito conservativo, cioè di conferma della decisione adottata. La dottrina tradizionale si soffermava, infatti, su ipotesi di *annullamento* doveroso, frequentemente connesso al problema dell'estensione degli effetti del giudicato, della possibilità di rinunciarvi o di approfittarne (24).

Non vanno inoltre trascurate le conseguenze di tale interpretazione sulla tutela dei terzi.

Esistono soggetti controinteressati rispetto all'annullamento in autotutela dell'atto deliberativo: la società (già esistente) destinataria dell'acquisto delle partecipazioni; i suoi soci, pubblici e privati; i molti *stakeholders*, almeno qualora l'intervento configuri, come nel caso affrontato dalla pronuncia in commento, un sostanziale salvataggio.

Per tali soggetti, non è indifferente che ci si trovi dinnanzi a un'autotutela vincolata, esperibile in modo automatico, senza considerazione delle ragioni di inte-

resse pubblico e dell'affidamento ingenerato nei privati (25).

Si potrebbe obiettare che l'autotutela si attiverebbe immediatamente, prima della stessa esecuzione dell'atto deliberativo, che non potrebbe quindi ingenerare alcun affidamento tutelabile.

Così opinando, si trascurerebbero però le ipotesi patologiche di inerzia dell'amministrazione, nonché i suoi eventuali comportamenti elusivi.

Se l'ente, a fronte del parere negativo della Corte, rimanesse inerte o si affrettasse ad adottare un formale supplemento di motivazione per poi procedere con l'esecuzione della deliberazione, si aprirebbe la possibilità, per i soggetti a ciò interessati, di ricorrere al giudice amministrativo al fine di obbligare al riesame dell'atto. Si immagini l'impresa interessata alla messa a gara di un contratto oggetto di affidamento diretto a una società *in house*: nel termine di un anno potrebbe esperire il ricorso avverso il silenzio-inadempimento (art. 31 c.p.a.), mettendo in discussione la stabilità degli atti di diritto societario con i quali l'amministrazione ha nel frattempo dato attuazione alla propria delibera.

Sono quindi diverse le ragioni per cui l'autotutela vincolata – *rectius* il riesame doveroso, con esito caducatorio o confermativo – a fronte del parere negativo della Corte appare problematica.

5. Una possibile lettura alternativa

Una possibile lettura alternativa della norma valorizza il ruolo – autonomo e del tutto peculiare – della motivazione, in coerenza con la rubrica dell'art. 5 Tusp (“Oneri di motivazione analitica”) e muove dalla considerazione che le numerose ipotesi di “motivazione postuma” conosciute nella prassi non configurano necessariamente ipotesi di riesame, cioè di nuovo esercizio del potere (26).

Con la novella legislativa è stato introdotto un aggravamento procedurale al ricorso allo strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni, che consiste nell'acquisizione del parere della Corte e nel successivo, eventuale, supplemento di motivazione.

La finalità perseguita è quella del rispetto dei vincoli posti dall'ordinamento al ricorso allo strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche e una maggiore responsabilizzazione (*accountability*) del decisore, presidiata dagli obblighi di pubblicazione.

Se ogni provvedimento amministrativo è necessariamente motivato (art. 3 l. n. 241/1990), gli atti deliberativi in questa materia sono assoggettati a un obbligo motivazionale rafforzato: i commi primo e se-

(22) C. Micciché, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in <www.federalismi.it>, 4 maggio 2022.

(23) Di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2022, n. 2564.

(24) E. Casetta, *Sulla potestà d'annullamento d'ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in *Rass. dir. pubb.*, 1951, 3, 178 (oggi in Id., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2015, 19).

(25) L'esistenza di un interesse pubblico all'annullamento assume rilievo, infatti, innanzitutto nella sua comparazione con gli interessi dei privati coinvolti alla conservazione dell'atto.

(26) N. Berti, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385), in *Dir. proc. amm.*, 2022, 198.

condo dell'art. 5 delineano il contenuto della motivazione in termini ben più specifici e rigorosi della norma generale della legge sul procedimento. L'eventuale sindacato del giudice amministrativo (certamente "intrinseco") è reso più penetrante dalla motivazione analitica.

Il controllo intestato alla Corte si incentra sulla motivazione dell'atto deliberativo ed esprime, in questo senso, un sindacato di tipo estrinseco, coerente con i tempi, i poteri istruttori e la struttura del controllo.

In caso di parere negativo, l'amministrazione è chiamata a un supplemento di motivazione, che ha come riferimento esclusivo i rilievi contenuti nel parere. L'onere motivazionale dell'atto deliberativo è così *ulteriormente* aggravato e proprio in ciò consiste l'effetto giuridico del parere negativo.

Il giudice amministrativo potrà annullare la deliberazione, viziata da eccesso di potere, per il solo fatto che il supplemento di motivazione non è idoneo a superare i rilievi della Corte dei conti, mentre la totale inerzia a fronte del parere negativo potrebbe addirittura integrare il vizio di violazione di legge: l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 l. n. 241/1990, nel caso di specie, si sostanzia infatti in due atti successivi.

Resta naturalmente possibile, in base alle regole generali, che l'amministrazione opti, in alternativa, per il riesame, finalizzato all'annullamento d'ufficio dell'atto o alla sua convalida, con eliminazione del vizio di legittimità (nei casi in cui ciò è possibile). L'ipotesi della conferma in senso tecnico è parimenti ammissibile.

L'eventuale annullamento dovrà essere motivato, oltre che con le ragioni dell'illegittimità, anche con riferimento all'interesse pubblico: ad esempio, con l'inopportunità dell'investimento a fronte del rischio di future contestazioni dell'affidamento diretto di contratti (in un caso come quello di specie, in cui l'operazione societaria è finalizzata all'affidamento *in house* del servizio scolastico integrato). Dovrà inoltre tenersi conto, in ragione del tempo effettivamente trascorso, dell'affidamento ingenerato nei soggetti controinteressati.

Il riesame della decisione è quindi discrezionale, non coercibile e assoggettato ai limiti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

In questa diversa prospettiva, il controllo della Corte dei conti resta pienamente efficace, senza però identificarsi, nella sostanza, con il controllo di legittimità sugli atti né sollevare il problema dell'impugnabilità del parere negativo che, secondo la pronuncia in commento, pur senza vincolare l'amministrazione a una specifica scelta, le imporrebbe di rimuovere o sostituire l'atto deliberativo.

ANDREA CARAPPELLUCCI

* * *