

IL CONTROLLO SULLE SOCIETÀ PARTECIPATE DALLO STATO E IL TESTO UNICO INTRODOTTO DAL D.LGS. N. 175 DEL 2016

di Francesco Fimmanò

1. Il testo unico e le sue correzioni successive hanno introdotto una serie di *norme speciali ad hoc*, che comunque non fanno emergere un tipo di società a sé stante neppure quando si tratta di società soggette a controllo analogo.

La “storia” del fenomeno in esame comincia nel 1990 con la espressa previsione nella legge n. 142 della società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria (1), passa attraverso l’introduzione della società c.d. *minoritaria* (2), l’apertura al tipo della s.r.l. e l’incentivo alla trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi (3), per subire un provvisorio assestamento nel 2000 con il Testo unico delle autonomie locali (Tuel) che sistemava organicamente la materia (4). Nel 2001 il quadro viene *virtualmente* rivoluzionato con l’introduzione della categoria *mai definita* dei c.d. servizi industriali e l’introduzione rigorosa, *mai attuata*, dei principi della concorrenza (5). Con la *contro-riforma* del 2003 e la legge finanziaria per il 2004, si arriva infatti a un risultato esattamente opposto (6). Quest’ultimo intervento, in parte censurato dalla Corte costituzionale (7), ha suddiviso i servizi in virtù della loro *rilevanza economica*, in un contesto pesantemente dominato dalla figura della società *in house providing* e del suo strettissimo collegamento funzionale con l’ente di riferimento. La normativa ha strumentalizzato in modo abile la giurisprudenza comunitaria tanto da evocare una situazione giuridica di *dipendenza organica*. Alla originaria disciplina contenuta nell’art. 113 Tuel, infatti, si sono sovrapposti prima l’art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (abrogato con referendum) e poi la successiva disciplina introdotta con il d.l. n. 138/2011 (dichiarata incostituzionale dalla Consulta con la sent. 20 luglio 2012, n. 199), per giungere infine al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221).

(1) La società mista a prevalente capitale pubblico locale venne prevista per la prima volta dall’art. 22, lett. e), l. n. 142/1990, (testo poi modificato dall’art. 17, c. 58, l. 15 maggio 1997, n. 127, Bassanini *bis*) e la legge non vietava peraltro che la società fosse interamente in mano pubblica.

(2) La società mista con partecipazione maggioritaria dei soci privati ha trovato riconoscimento testuale con l’art. 12 della l. n. 498/1992, attuata con la normativa regolamentare dettata dal d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533 (al riguardo, v. G.F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. società*, 1998, 390, che esamina in particolare gli aspetti della compagine, della scelta dei soci e dello scopo di lucro).

(3) Norme contenute nella c.d. legge Bassanini *bis* (l. 15 maggio 1997, n. 127), che all’art. 17, cc. 51-58, consentiva agli enti locali di procedere alla trasformazione delle aziende speciali, deputate alla gestione dei servizi pubblici, in società per azioni o a responsabilità limitata con capitale misto, pubblico e privato, anche a partecipazione minoritaria.

(4) D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

(5) Art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448.

(6) Si tratta in particolare dell’art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 “*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici*”, convertito con modificazioni dalla l. n. 326/2003 (conseguente alle osservazioni della Commissione europea sul sistema delineatosi con l’entrata in vigore dell’art. 35).

(7) Nel luglio del 2004, la Corte costituzionale accolse in parte il ricorso avanzato dalla Regione Toscana e dichiarò illegittimo l’art. 14, c. 1, lett. e), e c. 2, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, (Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272; cfr. al riguardo G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, 1).

Le Sezioni unite della Cassazione nel 2013 scelsero *forzatamente* di adattare l'impostazione comunitaria, al fine di riconoscere la giurisdizione piena della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità agli organi sociali delle società *in house* (8). I giudici del Supremo consesso qualificano, in modo in verità opinabile, questo genere di società come una mera articolazione interna della pubblica amministrazione, una sua *longa manus* al punto che l'affidamento diretto neppure consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo di talché l'ente *in house* "non potrebbe ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa" (9). Il passaggio più forte della giurisprudenza *de qua* è quello secondo cui "il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva".

Questa impostazione ha complicato ancora di più le cose perché molti non hanno inteso che si riferisse solo alla giurisdizione e per di più non esclusiva della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità, ma hanno provato a ricavarne l'esistenza di una società di tipo pubblico meritevole di uno *ius singulare*. In realtà si può parlare di società di diritto speciale soltanto laddove una espressa disposizione legislativa introduca deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c. (10), con la conseguente

(8) Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, con nota di F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Società*, 2014, fasc. 1, 55, e con nota di L. Salvato, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Fallimento*, 2014, fasc. 1, 33; e poi in scia: Cass., S.U., 16 dicembre 2013 n. 27993; 26 marzo 2014, n. 7177; 24 ottobre 2014, n. 22609. Nello stesso senso, ma con approdo opposto, Cass., S.U., 10 marzo 2014, n. 5491, con nota di F. Cerioni, *La Cassazione procede alla riqualificazione soggettiva delle "società pubbliche" iniziando da quelle "in house"*, in *Società*, 2014, fasc. 8-9, 953; 2 dicembre 2013, n. 26936. Da ultima, Cass., S.U., 27 ottobre 2016, n. 21962, secondo cui la controversia avente ad oggetto l'azione di responsabilità promossa dal procuratore della Corte dei conti per il danno diretto, patito da una s.p.a. a partecipazione pubblica e addebitato a condotte illecite dei suoi amministratori o dipendenti, non rientra nella giurisdizione della Corte dei conti, non essendo configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno diretto di quest'ultimo. Nel caso di specie, inoltre, non si trattava di società *in house* ma di società di diritto privato operante in un mercato concorrenziale, dotata di piena autonomia rispetto ai soci enti pubblici. Nella società di diritto privato a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla asserita *mala gestio* dei suoi organi sociali non integra, per la Suprema Corte, il danno erariale in quanto si risolve in un *vulnus* gravante in via diretta esclusivamente sul patrimonio della società stessa, soggetta alle regole di diritto privato e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci.

(9) In buona sostanza la Cassazione ha riprodotto l'orientamento del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, su rimessione di Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e prima Tar Valle d'Aosta 13 dicembre 2007, n. 163; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 5 novembre 2007, n. 2511; Tar Piemonte, Sez. II, 4 giugno 2007, n. 2539; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 15 febbraio 2007, n. 76, e dopo Tar Campania, Napoli, Sez. I, 28 luglio 2008 n. 9468). Il Consiglio di Stato ha sostenuto in particolare che il modello di società mista elaborato, in sede consultiva, con il parere n. 456/2007 rappresenta solo una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione di tali società e all'affidamento del servizio alle stesse, anche se, in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non può allo stato essere elaborata una soluzione univoca o un modello definitivo di società mista. In ogni caso, il modello di società costruito con il citato parere non è rinvenibile allorché il socio non venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio *sia stata definita e precisata*.

(10) Al riguardo: G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, Longanesi, 1979, 4 s.; M. Mazzarelli, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1987, 117; G. Marasà, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, Giuffrè, 1984, 353; P. Spada, *La Monte Titoli s.p.a. tra legge ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 552.

emersione normativa di un tipo *con causa pubblica non lucrativa* (11). Viceversa, a parte i casi di società *c.d. legali* (istituite, trasformate o comunque disciplinate con apposita legge speciale) (12), ci troviamo *sempre* di fronte a società di diritto comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nelle quali, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono.

La vicenda dell'*in house* è singolare: il legislatore italiano ha prima creato un *monstrum* e poi ha costretto gli interpreti, anche i più raffinati, a riconoscerlo e a ricostruirlo invece di “*constatare i fenomeni giuridici quali sono, quali si trovano nel sistema positivo, non negarli o storpiarli per ragioni a priori*” (13). Quanto accaduto appartiene a una tendenza più generale diretta a creare sempre più frequentemente categorie di soggetti i cui rapporti sono regolati da uno *ius singulare*. Fenomeno deprecabile in quanto, nel migliore dei casi, finisce per originare privilegi, asimmetrie e discriminazioni. In taluni casi, poi, non è tanto la ponderata volontà di sottrarre alla disciplina comune determinati soggetti a spingere il legislatore, bensì l'incapacità a resistere alla pressione di chi, spesso emotivamente o prepotentemente, chiede e invoca questa o quella norma. Ecco che il potere legislativo, si muove talora male e si trasforma, come suol dirsi in una *machine a faire lois* (14), invece di dettare norme efficienti e cercare nell'armonia del sistema le soluzioni più giuste.

Abbiamo dunque assistito, per tutte queste ragioni, a un percorso legislativo incoerente, caratterizzato da frequenti ripensamenti (15), fatta eccezione per una costante: la crescente e progressiva espansione delle società a partecipazione pubblica locale, anche attraverso la trasformazione di aziende speciali, consorzi e istituzioni.

In realtà, se si escludono i casi delle società *c.d. legali* (istituite, trasformate o comunque disciplinate da apposita legge speciale), nella fenomenologia in esame ci troviamo *sempre* di fronte a so-

(11) Al riguardo, R. Guarino, *La causa pubblica nel contratto di società*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2011.

(12) Ci riferiamo agli enti pubblici con mera struttura organizzativa societaria (cfr. al riguardo C. Ibba, *Le società “legali”*, Torino, Giappichelli, 1992, 340; Id., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 483; Id., *Le società “legali” per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture. Patrimonio dello Stato e infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 447; e, in un'ottica estensiva: G. Napolitano, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, fasc. 4, 81 (previsti, trasformati o costituiti appunto in forma societaria con legge (ad esempio l'art. 7 del d.l. 15 aprile 2002, n. 63, convertito dalla l. 15 giugno 2002, n. 112, ha istituito la Patrimonio dello Stato s.p.a.; l'art. 8 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, ha gemmato la Coni Servizi s.p.a.; il d.lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, ha istituito Sviluppo Italia s.p.a. poi integrato con altre norme dirette a disciplinarne la *governance* dell'attuale “Invitalia s.p.a.”; l'art. 3, d.lgs. n. 16 marzo 1999, n. 79, ha previsto la costituzione del Gestore della rete di trasmissione nazionale s.p.a.; l'art. 13, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ha contemplato la nascita della Sogin s.p.a.; stessa cosa è accaduta per Gestore del Mercato s.p.a., ex art. 5, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e l'Acquirente Unico s.p.a. ex art. 4, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79). In altri casi il legislatore ha trasformato o previsto la trasformazione di enti pubblici in società (così per l'Ente nazionale per le strade ex art. 7 d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178; per l'Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero Sace ex art. 6 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326; per l'Ente autonomo esposizione universale di Roma ex d.lgs. 17 agosto 1999, n. 304; per la Cassa depositi e prestiti ex art. 5 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326).

(13) È l'avvertimento metodologico già lucidamente espresso da F. Ferrara, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, III, 638.

(14) Già con riferimento alla normativa speciale a “toppe” per il diritto sportivo: F. Fimmanò, *La crisi delle società di calcio professionistico a 10 anni dal caso Napoli*, in *Gazzetta forense*, 2014, fasc. 4, 8.

(15) M. Vietti, *Le linee guida per una disciplina della crisi delle società pubbliche*, in F. Fimmanò, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, Giapeto, 2010, 1 s.

cietà di diritto comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono (16). L'ente pubblico in linea di principio può partecipare alla società soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse. La Suprema Corte ha, infatti, rilevato che l'interesse che fa capo al socio pubblico si configura *come di rilievo esclusivamente extra sociale*,

(16) In particolare, con riferimento ad una ipotesi di società legale si pronunciarono le Sezioni unite, in tema di giurisdizione, marcandone la differenza con le società *in house* (Cass., S.U., 9 luglio 2014, n. 15594). Secondo la Cassazione, «premesso che l'attuale statuto sociale dell'Anas non presenta caratteristiche tali da farla ricomprendere nel novero delle società *in house*, quali sopra richiamate, si tratta in definitiva di comprendere se la trasformazione dell'Anas in società per azioni disposta dalla legge ne abbia davvero comportato il mutamento della natura giuridica – da ente pubblico economico a società di diritto privato – o se invece non ne abbia intaccato gli essenziali connotati pubblicistici, essendosi tradotta nella mera adozione di una formula organizzativa, corrispondente a quella della società azionaria, senza per questo incidere sulla reale natura del soggetto. In questo secondo senso si è già ripetutamente espressa (sia pure ad altri fini) la giurisprudenza del Consiglio di Stato, affermando senz'altro che la trasformazione dell'Anas, disposta dall'art. 7 d.l. n. 138/2002, convertito dalla l. n. 178/2002, ha avuto incidenza concreta soltanto sulla fase gestionale del soggetto, permanendo sia la natura pubblica del nuovo organismo sia i poteri pubblicistici propri dell'ente proprietario delle autostrade e strade statali ad esso affidate (v., ad esempio, Cons. Stato, 24 febbraio 2011, n. 1230, e 24 maggio 2013, n. 2829). Tali conclusioni appaiono condivisibili, sia pure con l'ovvia avvertenza che non occorre in questa sede definire in termini generali la natura giuridica dell'Anas s.p.a., bensì soltanto valutare se quest'ultima presenti caratteristiche specifiche tali da far ritenere che il suo patrimonio abbia conservato i connotati pubblicistici che sono l'indispensabile presupposto della giurisdizione contabile e che, correlativamente, coloro i quali per essa agiscono incidendo su quel patrimonio rientrino nel novero dei soggetti ai quali detta giurisdizione si estende. Depone in questo senso, anzitutto, la genesi stessa dell'Anas s.p.a., direttamente derivante da un atto normativo e non, come è naturale in società di diritto privato, da un atto negoziale, ancorché posto in essere dalla pubblica amministrazione in forza della capacità di agire *iure privatorum* che ad essa compete. Sotto questo profilo appare quindi lecito adoperare, a tal proposito, la definizione di “società legale”: società che, perciò stesso, si pone su un piano diverso dal fenomeno negoziale previsto e disciplinato dal codice civile, ancorché possa mutuarne, per espressa previsione di legge, una o più caratteristiche. Non meno indicativa – ed evidentemente correlata al suaccennato carattere legale della società – è la circostanza che il suo statuto e le eventuali successive modificazioni di esso debbano essere approvate con decreto ministeriale, e che sempre con decreto ministeriale sia determinato il capitale sociale, al quale i residui passivi spettanti all'Anas sono conferiti mediante un atto amministrativo del competente ministero (art. 7, cit., cc. 4 e 5). Ma il permanere dei connotati pubblicistici dell'Anas è testimoniato anche da ulteriori significative disposizioni. Viene qui in evidenza il c. 6 dell'articolo citato, che espressamente attribuisce al Ministero dell'economia e delle finanze le azioni sociali e stabilisce che i relativi diritti debbano essere esercitati di concerto col Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per ciò stesso non solo escludendo radicalmente *ex lege* la possibilità della coesistenza di un azionariato privato, ma improntando l'esercizio dei diritti sociali ad un paradigma – quello del concerto interministeriale – palesemente ispirato al modello dell'agire amministrativo, ben più che negoziale. E viene in evidenza altresì la disposizione (art. cit., c. 1-*quinquies*) che attribuisce all'Anas medesima le entrate derivanti dall'utilizzazione dei beni demaniali, relativamente ai quali essa esercita i diritti ed i poteri dell'ente proprietario in virtù della concessione attribuitale dalla legge; quella che le conferisce una serie di funzioni di natura pubblica inerenti alle strade statali (i compiti di cui al d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, art. 2, c. 1, lett. da a) a g), nonché l), alle quali è connesso anche l'esercizio di potestà autoritativa (ivi compreso l'accertamento delle violazioni in materia di circolazione stradale ed il potere di approvare i progetti dei lavori di costruzione e di emanare gli atti dei procedimenti espropriativi); quella che espressamente sottopone l'Anas s.p.a. al controllo della Corte dei conti con le modalità previste dalla l. 21 marzo 1958, n. 259, art. 12 e l'autorizza ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (art. 7 cit., c. 11); e quella per cui il rapporto di lavoro del personale dipendente in essere al momento della trasformazione resta disciplinato dalle disposizioni proprie dei rapporti di lavoro instaurati con enti pubblici economici» (al riguardo cfr. S. Valaguzza, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 862).

con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica. Il rapporto tra società ed ente è di assoluta autonomia non essendo consentito al secondo di incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull'attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e mediante la nomina dei componenti degli organi sociali (17).

Orbene il tema delle società pubbliche “legali” riguarda in particolare la mia relazione in questa formidabile opportunità di celebrare la Sezione della Corte che si occupa del relativo controllo.

2. L'utilizzazione dello strumento societario da parte dei pubblici poteri ha conosciuto, nel corso del tempo, numerose variabili: si può dire che addirittura la s.p.a. nasce pubblica facendo riferimento alla nascita della Compagnie delle Indie Orientale ed Occidentale all'inizio del '600. La prima ipotesi significativa tuttavia risale alla l. 10 agosto 1893, n. 449, istitutiva della Banca d'Italia, rimasta un caso isolato per oltre 25 anni. Riporta la tradizione secondo cui il primo caso di partecipazione pubblica ad una società fu quello in cui lo Stato “*quale ultimo successore mortis causa in mancanza di eredi legittimi entro il sesto grado, ebbe ad ereditare da un suo cittadino 350 azioni Italcable, trovandosi così ad essere socio senza volerlo di una società privata*”.

Negli anni Venti, le pubbliche amministrazioni hanno iniziato ad associarsi tra di loro e con privati per esercitare, attraverso la costituzione di società, attività industriali o commerciali di interesse generale. Con la crisi del '29 e la nascita dell'Iri il fenomeno esplose e alla fine della Seconda Guerra Mondiale le società a partecipazione pubblica rappresentavano una delle voci più rilevanti della spesa pubblica e, nei decenni successivi, il loro numero è cresciuto gradualmente. È in questa fase che viene istituito il Ministero delle partecipazioni statali ai sensi della l. 22 dicembre 1956, n. 1589, poi abrogato in esito al referendum del 1993.

A partire dai primi anni Novanta, relativamente alle società statali, da un lato, si attua la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni; dall'altro, si assiste ad imponenti interventi di dismissione delle partecipazioni statali (18). A partire dal 1992 si è proceduto alla dismissione delle partecipazioni detenute dal Tesoro in Banca commerciale italiana, Credito italiano, Enel, Imi, Stet, Ina ed Agip (19).

Tutto questo risponde all'esigenza di far fronte alla crisi della finanza pubblica, in ragione dell'irrigidirsi dei controlli comunitari in tema di aiuti di Stato e della definizione di rigidi parametri relativi al ricorso all'indebitamento verso l'interno da parte degli Stati, ad alla esigenza della tutela della concorrenza come interesse pubblico generale.

La proliferazione delle *società pubbliche locali*, fenomeno completamente diverso di cui abbiamo detto sopra, si deve, invece, all'art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142, che prevedeva espressamente la possibilità di ricorrere al modello societario per la gestione dei *servizi pubblici locali*.

(17) La Cassazione ha affermato che “*la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'ente pubblico ne possiede in tutto o in parte le azioni*” (cfr. Cass., S.U., n. 4991/1995, n. 17287/2006). In particolare la Suprema Corte ha evidenziato che “*indubbiamente anche un ente a struttura societaria può assumere natura pubblicistica, qualora ciò non sia espressamente previsto dalla legge [...] ovvero ricorrano determinate condizioni (comportanti una consistente alterazione del modello societario tipico, cfr. ad esempio Poste italiane s.p.a.)*” (Cass., S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Società*, 2006, 870).

(18) Il d.l. 11 luglio 1992, n. 333, che ha trasformato le aziende di Stato Iri, Eni, Ina ed Enel in società per azioni; l'Ente ferrovie dello Stato (già ente pubblico economico istituito con l. 17 maggio 1985, n. 210) è stato trasformato in società per azioni con deliberazione Cipe del 12 agosto 1992, l. 8 agosto 2002, n. 178, che ha disposto, all'art. 7, la trasformazione dell'Ente nazionale per le strade Anas in società per azioni.

(19) Il d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito dalla l. 30 luglio 1994, n. 474 recante “*Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*”.

L'espressione "società pubblica", peraltro appropriata per le società legali, potrebbe apparire contraddittoria e fuorviante se usata in generale, in quanto sembrerebbe suggerire la natura pubblica di entità che, pur mantenendo natura giuridica privata, risultano partecipate da enti pubblici. Invero, le società a partecipazione pubblica sono società di diritto privato al cui capitale partecipano, per quote rilevanti, soggetti pubblici. La loro caratteristica risiede nell'essere soggetti di diritto pienamente autonomi, ovvero sono distinti sia rispetto agli organi che li istituiscono sia rispetto ai soci, e sono titolari di un proprio patrimonio. In passato, si è erroneamente affermato che la partecipazione dello Stato o di una pubblica amministrazione ad una società di capitali potesse alterarne la struttura, dando vita ad un "tipo" di diritto speciale. Siffatta impostazione deve ritenersi del tutto infondata, in quanto è possibile parlare di società di diritto speciale soltanto quando la stessa è prevista espressamente dalla legge, che ne disciplina in dettaglio gli aspetti strutturali e funzionali, in deroga alle disposizioni del codice civile.

Si parla, in tal caso, appunto di "società legali", il cui scopo consiste nella realizzazione di un interesse (pubblico) predeterminato dal legislatore e non in un interesse (privato) programmato dalle parti.

Sul piano generale, grazie all'osservatorio privilegiato di cui la Corte dei conti dispone, in virtù delle sue funzioni di controllo e di giurisdizione, negli anni ha contribuito a porre l'attenzione su come l'utilizzo dello strumento societario abbia dato origine a rilevanti distorsioni, diffusi fenomeni di *mala gestio* e ad una proliferazione incontrollata.

La legislazione che si è succeduta negli ultimi anni ha cercato di superare tali criticità attraverso diversi strumenti, come: l'introduzione di misure di contenimento degli sprechi (ad esempio limiti alle consulenze, ai compensi e al numero dei componenti degli organi societari); l'applicazione di alcuni vincoli tipicamente pubblicistici (come ad esempio la previsione di procedure selettive per l'assunzione del personale); l'introduzione di limiti all'operatività di società pubbliche per evitare distorsioni concorrenziali (divieto di costituzione di società partecipate in ambiti estranei alle finalità istituzionali).

Prima del testo unico, l'art. 1, c. 4, e l'art. 3, c. 1, lett. d), d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, ha attribuito alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti il compito di verificare che i rendiconti delle regioni e degli enti locali tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività regionale e locale e di servizi strumentali alla regione e all'ente.

Il citato decreto legge, inoltre, nell'apportare modifiche al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ha introdotto l'art. 147-*quater*, che ha previsto un sistema di controlli sulle società partecipate non quotate che deve essere definito dallo stesso ente locale secondo la propria autonomia organizzativa. Tali controlli sono, pertanto, esercitati dalle strutture proprie dell'ente locale, che ne sono responsabili, attraverso la definizione di obiettivi gestionali, il monitoraggio periodico dell'andamento della società e l'analisi degli eventuali scostamenti, al fine di adottare le più opportune azioni correttive. L'art. 148, c. 1, Tuel, come sostituito dal citato decreto-legge, attribuisce, poi, alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti la verifica di legittimità e sulla regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale. (20).

(20) Allo stesso modo, risulta di assoluto rilievo la successiva previsione di cui all'art. 1, cc. 611 ss., l. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), che ha promosso l'avvio di un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente ed indirettamente detenute da regioni, province autonome di Trento e Bolzano, enti locali, camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, università, istituti di istruzione universitaria pubblici, autorità portuali con conseguente approvazione di un piano operativo di razionalizzazione sulla base di una serie di criteri: "a) *eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa*

Ai sensi dell'art. 1, c. 5, t.u., alle partecipazioni delle pubbliche amministrazioni in società quotate si applicano soltanto le disposizioni del t.u. che si riferiscono "espressamente" a tali società. In sostanza, le società quotate sono pressoché sottratte alla sfera applicativa del t.u. in quanto espresse previsioni di applicabilità si rinvengono solo per quanto concerne la disciplina relativa all'acquisto delle azioni (art. 8, c. 3), alla gestione delle partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni (art. 9, c. 9) e al procedimento di quotazione in borsa delle società a controllo pubblico (art. 18).

3. La Sezione di controllo sugli enti, come noto, è, una sezione centrale della Corte dei conti a cui è affidato anche il controllo sulle società partecipate statali, cioè quelle partecipate prevalentemente dal Mef. Il tipo di controllo che esercita su di esse è quello previsto dalla l. n. 259/1958, cioè la legge che, in attuazione dell'art. 100 Cost., ha disciplinato la partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria.

L'allargamento a persone giuridiche di diritto privato è il frutto di una interpretazione giurisprudenziale che risale alla storica sentenza della Corte costituzionale n. 466/1993, emessa a seguito del processo di privatizzazione degli enti pubblici economici, trasformati in s.p.a., che erano in precedenza controllati dallo Stato. All'epoca si pose il problema se il controllo della Corte dei conti potesse proseguire nei confronti di questi soggetti giuridici che avevano assunto una natura completamente diversa (21). La Corte costituzionale ebbe modo di dichiarare che il concetto di diritto pubblico, ai sensi della l. n. 259/1958, ricorre anche quando ci sia una gestione che, pur non potendosi ricondurre ai caratteri paradigmatici dell'ente pubblico, è pur sempre una gestione di derivazione finanziaria statale, con contribuzioni ordinarie, o è una gestione che si avvale del contributo dello Stato in forma di partecipazione al capitale o al patrimonio. Quindi, finché le risorse gestite dalle partecipate conserveranno la loro derivazione dalla finanza pubblica, nella specie da quella statale, il controllo della Corte continuerà ad essere svolto.

in liquidazione o cessione; b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni; d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni". I predetti piani, corredati da un'apposita relazione tecnica, devono indicare modalità e tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire e devono essere trasmessi alle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti unitamente ad una relazione sui risultati conseguiti. Sul punto, è di particolare interesse la pronuncia della Sezione delle autonomie della Corte dei conti 22 luglio 2015, n. 24, con cui è stata delineata la natura di tale tipo di controllo. In tale occasione, la Sezione autonomie ha osservato come la trasmissione alle Sezioni regionali di controllo dei piani operativi, disposta dalla legge, «non adempie a sole finalità di trasparenza (e di deterrenza), ma è funzionale allo svolgimento delle verifiche di competenza delle Corte. Allo stesso tempo, le norme introdotte dalla legge di stabilità 2015 comprovano che il controllo della Corte dei conti sugli organismi partecipati è, essenzialmente, focalizzato sul "gruppo ente territoriale" e che 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» e sindacabili dalla Corte dei conti in caso di violazione dei parametri di razionalità, nell'ambito del controllo di legalità e di regolarità.

(21) La vicenda si era sviluppata a seguito della trasformazione in società per azioni di Iri, Eni, Ina ed Enel, avvenuta in base alla disposizione dell'art. 15 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 1992, n. 359, che sottraeva alla Corte dei conti il controllo su tali enti, poiché i magistrati non venivano invitati a partecipare alle sedute dei consigli di amministrazione, e il Ministro del tesoro, unitamente alla Presidenza del Consiglio, aveva ritenuto che le nuove società non rientrassero nel rapporto con lo Stato presupposto del controllo della Corte. La Corte costituzionale ritenne invece, nella sent. n. 466/1993, che alla Corte dei conti continuasse a rimanere assegnato il controllo su tali società, fino a che permaneva una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato nel capitale azionario.

L'interpretazione è stata poi estesa a tutte le società partecipate nazionali, a seguito della revisione straordinaria e ordinaria che i ministeri, in applicazione delle norme sulla razionalizzazione, hanno effettuato.

Si tratta dell'unico controllo della Corte dei conti che si svolge in modo diretto sui predetti organismi e sull'intera gestione delle società nazionali, perché negli altri casi, per esempio per le società partecipate dagli enti territoriali, il controllo delle sezioni regionali si svolge sempre per il tramite dell'ente locale, sui cui bilanci refluiscono i risultati negativi o positivi della gestione (22).

L'assoggettamento a controllo delle società è previsto o direttamente dalla legge, o da un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che ha il compito di riconoscere la sussistenza dei presupposti e diverse condizioni. Al riguardo la Corte detiene, attraverso la sezione centrale, un potere di iniziativa nei confronti della Presidenza del Consiglio, quando sorgono nuovi organismi che meriterebbero di essere assoggettati al controllo, rivestendo un ruolo sollecitatorio.

Il controllo sulle società partecipate si svolge *sui rendiconti*, ha cadenza annuale ed esita in un referto al Parlamento. Questo controllo riguarda sostanzialmente l'esame della gestione finanziaria degli enti che ricevono contributi dallo Stato. È un controllo con il quale si valuta il rispetto degli equilibri di bilancio, la solidità delle situazioni patrimoniali, la sostenibilità del debito eventualmente assunto dagli stessi. Ma il controllo si estende anche ad aspetti ordinamentali ed a quelli della gestione, per le influenze che alcuni profili rivestono sui risultati finanziari, come ad esempio quelli sulla struttura organizzativa (pletorica, complessa o più semplice), sulla *governance*, sul personale, sulle attività contrattuali, sul contenzioso, sui controlli interni. È un controllo ad ampio spettro in cui, però, il *core business* è quello della gestione finanziaria.

Il controllo svolto dalla Corte dei conti sugli enti è di due tipi.

Il primo prevede l'affidamento dell'istruttoria e la redazione del referto a cura di un magistrato della sezione, il quale si avvale dei poteri previsti dagli artt. 5 e 6 della l. n. 259/1958 nei confronti delle amministrazioni interessate o degli organi di vigilanza e revisione. Il referto è poi discusso ed approvato in sede collegiale da parte della sezione. *La forma c.d. "diretta"* prevede la partecipazione di un magistrato delegato al controllo alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione dell'ente, *ex art. 12 della l. n. 259/1958*. Con tale modalità il magistrato della Corte può, già in un momento antecedente alle deliberazioni del consiglio di amministrazione, evidenziare perplessità e criticità dei provvedimenti in votazione, illuminando preventivamente l'organo deliberativo. In tale caso si attribuiscono poteri conoscitivi aggiuntivi rispetto ai normali poteri istruttori e di acquisizione di tutti gli atti necessari all'esercizio delle funzioni.

Questo controllo si completa con l'esame della regolarità delle gestioni e della verifica del rispetto delle normative che regolano la materia, sia generali che settoriali in riferimento alle singole realtà. Ed in questo quadro rientra anche il compito che la Sezione di controllo sugli enti ha di verificare il rispetto di tutta la normativa, fra cui le disposizioni del Tusp e successive modificazioni e integrazioni, e quindi di tutti gli istituti vincolanti che regolano le partecipate pubbliche ed anche quelle di controllo, ad eccezione delle società quotate che sono escluse. Infatti, ai sensi dell'art. 1, c. 5, Tusp, alle partecipazioni delle pubbliche amministrazioni in società quotate si applicano soltanto le disposizioni del testo unico che si riferiscono "espressamente" a tali società. In sostanza, le società quotate sono pressoché sottratte alla sfera applicativa del testo unico, in quanto l'applicabilità espressa si rinviene solo per quanto concerne la disciplina relativa all'acquisto delle azioni (art. 8, c. 3), alla gestione delle partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni (art. 9, c. 9) e al procedimento di quotazione in borsa delle società a controllo pubblico (art. 18).

Fra le norme d'interesse per il controllo della Corte dei conti sulle società pubbliche nazionali si segnalano: l'art. 5, c. 3, t.u., che dispone che l'atto deliberativo di costituzione della società o di ac-

(22) Anche quando il testo unico ha voluto rafforzare la posizione dei controlli delle sezioni regionali sulle partecipate si è espresso sempre con forme indirette, per il tramite degli enti locali.

quisizione della partecipazione diretta o indiretta sia inviato alla Corte dei conti “*a fini conoscitivi*”; a tale norma sono collegati gli artt. 7 e 8, che dettano la procedura di costituzione di società e di acquisto di partecipazioni in società già costituite, prevedendo anche oneri di pubblicità e trasparenza; l’art. 10, che disciplina l’alienazione delle partecipazioni, con rinvio alle modalità di cui all’art. 7; l’art. 9, che detta disposizioni sulla gestione e attribuisce al Ministero dell’economia e delle finanze l’esercizio dei poteri del socio di tutte le partecipazioni statali; gli artt. 20 e 24 sui piani di razionalizzazione ordinaria e straordinaria e, per la sua portata innovativa, l’art. 14, che segna l’applicazione anche alle società pubbliche delle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull’amministrazione straordinaria in caso di crisi d’impresa e, in presenza di un rischio di crisi, prevede, altresì, l’obbligo di adozione di un piano di risanamento e di piani di ristrutturazione aziendale.

Il testo unico introduce, poi, una serie di disposizioni restrittive con riguardo a diversi aspetti: relativamente alla politica del personale (art. 19), ai requisiti degli organi amministrativi e di controllo, a limitazioni sulla *governance*; sotto quest’ultimo aspetto l’art. 11 sottolinea che di norma vi deve essere un amministratore unico (c. 2) e solo a seguito di delibera motivata ed in presenza di specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, (in considerazione dell’esigenza di contenimento dei costi), da 3 o 5 membri (c. 3); sono poi previste norme sulla parità di genere (c. 4). Inoltre, per le società a controllo pubblico, l’art. 11, c. 6, prevede, quanto ai compensi degli organi, fermo il limite massimo dei 240.000 euro, l’emanazione di un decreto che classifichi in cinque fasce le società, stabilendo il limite massimo dei compensi di ciascuna fascia; la norma introduce come principio generale la corresponsione della parte variabile in funzione dei risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell’esercizio precedente, prevedendo che, nel caso di risultati negativi, il compenso variabile non può essere corrisposto. Ha, altresì, previsto, l’osservanza delle disposizioni riguardanti i processi di risanamento dei conti aziendali, e modalità di attuazione del d.lgs. n. 231/2001 (e successive modifiche e integrazioni) sulla c.d. “responsabilità degli enti” al fine della prevenzione del rischio, con specifico riguardo all’attività svolta dall’apposito organismo di vigilanza in materia di modelli organizzativi, nonché l’adozione e il rispetto del codice etico e il suo tempestivo aggiornamento, unitamente alla verifica della facoltà di affidamento dei compiti del predetto organismo ad altri organi di controllo; l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza di cui alla l. 6 novembre 2012, n. 190, e al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, e successive modifiche (art. 22). I detti adempimenti costituiscono oggetto di verifica sulle società statali a cura della sezione che, nelle attività annuali, analizza la presenza degli strumenti di presidio che le società sono obbligate ad assumere nei loro statuti, il rispetto dei limiti retributivi per amministratori e dipendenti e valuta la completezza dei documenti contabili, comprendendo anche quelli relativi al bilancio consolidato, così come si evince, in modo specifico, anche dal programma di controllo per l’anno 2020 della Sezione di controllo sugli enti (23).

4. Passando in particolare all’art. 5 del testo unico, rubricato “*Oneri di motivazione analitica*”, prevede, al c. 3, che l’atto deliberativo per la costituzione di una società o di una nuova partecipazione diretta o indiretta, sia inviato alla Corte dei conti “*a fini conoscitivi*”.

Tale norma, prima di pervenire all’attuale formulazione, è stata oggetto di ampio dibattito, in cui ha avuto un’interlocuzione importante anche la Corte dei conti.

Il testo originario prevedeva l’obbligo a carico delle amministrazioni che avessero voluto costituire nuove società o acquisire partecipazioni, di trasmettere – prima della sua adozione da parte del consiglio – l’atto deliberativo alla Corte dei conti, la quale entro 30 giorni avrebbe dovuto “formulare rilievi” o “chiedere chiarimenti”.

(23) In tal senso, v. Corte conti, Sez. contr. enti, 5 marzo 2020, n. 19, di approvazione del programma annuale di attività.

Sebbene la norma originaria delineasse un procedimento molto affine alla funzione di controllo preventivo di legittimità esercitata dalla Corte dei conti, lo stesso non poteva tuttavia collocarsi in tale ambito, in quanto il controllo, per sua natura, *operava quando l'atto era già perfezionato*. Inoltre, un tipo di controllo sugli elementi richiesti per la costituzione della società (quali la convenienza economica o l'essenzialità della società per il perseguimento dei fini istituzionali) avrebbe determinato una "invasione di campo" della Corte dei conti, spostando il giudizio su profili di merito, non in linea con la funzione assegnata alla Corte stessa.

Con l'attuale formulazione della norma si tiene conto dell'autonomia dell'amministrazione pubblica senza sminuire i poteri di controllo della Corte dei conti, successivi all'adozione dell'atto in questione.

Nella scelta operata dal legislatore, nella versione da ultimo approvata, l'amministrazione ha l'obbligo di trasmettere alla Corte dei conti non più lo schema di atto deliberativo bensì l'atto deliberativo già perfezionato. Pertanto, la locuzione "*a fini conoscitivi*" deve interpretarsi nel senso che la funzione di controllo esercitata dalla Corte dei conti in tale ambito non ha natura di controllo preventivo con finalità interdittive dell'efficacia dell'atto di costituzione. Tuttavia, qualora la valutazione della magistratura contabile dovesse essere negativa, le pubbliche amministrazioni interessate avranno tutti gli elementi utili per definire, in piena autonomia (e comunque in una fase antecedente alla predisposizione dell'atto pubblico di costituzione della società o alla stipula del contratto per l'acquisizione delle quote), la scelta gestoria più utile per l'ente pubblico, con la relativa assunzione di responsabilità.

Sul punto, la relazione illustrativa al testo unico, in merito al ruolo della Corte dei conti, con riferimento all'art. 5, specifica che "*rientra pienamente nelle attribuzioni proprie della Corte dei conti, nell'ambito delle funzioni già svolte nei confronti delle amministrazioni pubbliche: si pensi per esempio, all'art. 3, c. 28, della l. n. 244/2007 (atti immobili) e all'art. 1, c. 612, della l. n. 190/2014*".

Da ultimo, va evidenziato che tale norma fa sistema con le altre disposizioni presenti nell'ordinamento, pertanto, nell'ambito dei propri poteri, la Corte dei conti, qualora la costituzione di società o l'acquisto di partecipazione dovessero incidere in senso negativo sugli equilibri finanziari dell'ente, può operare con incisività sotto il profilo del controllo di regolarità contabile, ai sensi dell'art. 1 ss. d.l. n. 174/2012, convertito dalla l. n. 213/2012, evidenziando nei confronti degli enti territoriali partecipanti, le azioni necessarie a ripristinare la situazione di equilibrio finanziario dell'ente.

Il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, recante "*Disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante t.u. in materia di società a partecipazione pubblica*" (c.d. decreto correttivo) ha precisato che per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti; mentre, 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 dei conti ai sensi della l. 21 marzo 1958, n. 259 ("*Partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*"), è competente la Sezione di controllo sugli enti medesimi.

5. Tutto ciò premesso, nel nostro ordinamento il controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria è esercitato dalla Corte dei conti a mezzo della "Sezione del controllo enti", istituita ai sensi dell'art. 9 della l. 21 marzo 1958, n. 259. Questa attribuzione della Corte dei conti si ricollega direttamente alla Costituzione, che all'art. 100 prescrive che "*La Corte dei conti partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere*

sul risultato del riscontro eseguito". Pertanto la l. 21 marzo 1958, n. 259 (24) costituisce, oltre dieci anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, attuazione del dettato costituzionale.

Gli enti, oltre ad una prima elencazione contenuta in allegati alla l. n. 259/1958, distintamente per quelli sottoposti al controllo ai sensi dell'art. 2 e per quelli sottoposti al controllo ai sensi dell'art. 12, vengono individuati per legge o mediante decreto governativo di assoggettamento emesso anche su segnalazione della stessa Corte dei conti (25).

Il controllo svolto dalla Corte dei conti sugli enti si articola, infatti, in due distinte tipologie: la prima prevede l'affidamento dell'istruttoria e la redazione del referto ad un magistrato della sezione, il quale si avvale dei poteri previsti dagli artt. 5 e 6 della l. n. 259/1958 nei confronti dell'amministrazione interessata o degli organi di vigilanza e revisione; il referto verrà poi discusso e sarà da approvarsi in sede collegiale da parte della sezione. La seconda (la c.d. forma "diretta") prevede la partecipazione di un magistrato delegato al controllo, alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione dell'ente (26).

È bene ribadire, ad ogni buon conto, che la diversità nel modulo di controllo adottato (*c.d. art. 2 oppure art. 12*) non comporta una diversità o alternatività dello stesso: in entrambi i casi il controllo, che è sia di legittimità che di merito, è concomitante, cioè si svolge nel corso della gestione dell'ente, e ha per oggetto l'intera gestione finanziaria e amministrativa dell'ente stesso. Il controllo sugli enti sovvenzionati differisce sia dal controllo di legittimità – preventivo o successivo – su atti, sia dal controllo sulla gestione, essendo partecipe dei caratteri sia dell'uno che dell'altro.

Al termine di ogni esercizio finanziario la Corte dei conti adotta una pronuncia nella quale svolge le proprie valutazioni sulla gestione finanziaria dell'ente controllato. La relazione viene inviata al Parlamento per l'esercizio del suo controllo politico-finanziario; la relazione viene anche inviata all'ente controllato e ai ministeri vigilanti per far loro adottare i provvedimenti necessari a rimuovere le eventuali irregolarità contabili, amministrative e gestionali riscontrate. Questo tipo di controllo referente spetta unitariamente alla Sezione enti della Corte di conti, che lo esercita nel suo naturale circuito istituzionale con Governo e Parlamento. Va aggiunto che il controllo in forma di referto al Parlamento trova anche un adeguato riscontro, come accennato in precedenza, nella previsione nei regolamenti della Camera dei deputati e del Senato dell'esame delle relazioni inviate dalla Corte, da svolgersi da parte delle Commissioni competenti per materia.

Nella forma di controllo *ex artt. 2, 3 e 6* della l. n. 259/1958) gli enti hanno l'obbligo di inviare i conti consuntivi e i bilanci di esercizio col relativo conto dei profitti e delle perdite corredati dalle relazioni dei rispettivi organi amministrativi e di revisione, non oltre quindici giorni dalla loro approvazione e, in ogni caso, non oltre sei mesi e quindici giorni dalla chiusura dell'esercizio finanziario al quale si riferiscono. Attualmente, gli enti sottoposti a tale forma di controllo sono oltre duecento (27).

(24) Così come la successiva conferma di tale funzione fatta salva dall'art. 3, c. 7, della legge di riforma generale dei controlli affidati alla Corte, l. 14 gennaio 1994, n. 20.

(25) Ad esempio, nel 2004 sono state trasformate in enti pubblici economici le stazioni sperimentali dell'industria, che sono state trasferite nell'area applicativa della l. n. 259/1958, nel novero degli enti assoggettati al controllo.

(26) Art. 12 l. n. 259/1958.

(27) Tra i quali si annoverano: le Ferrovie dello Stato s.p.a., la Rai-Radiotelevisione italiana, il Cnr-Consiglio nazionale delle ricerche, l'Acì-Automobil club italiano, il Coni-Comitato olimpico nazionale, l'Asi-Agenzia spaziale italiana, l'Enav-Ente nazionale per l'assistenza al volo, l'Enac-Ente nazionale per l'aviazione civile, l'Enea-Ente nazionale per l'energia e l'ambiente, le autorità portuali, i consigli di diversi ordini professionali, ecc., per citare quelli di maggior rilievo.

L'altra forma di controllo esercitata dalla Corte (quella "ex art. 12") è riservata ad un'altra categoria di enti, individuata dalla l. n. 259/1958, ed è quella degli enti nei confronti dei quali lo Stato contribuisce con apporti di patrimonio in capitale o di servizi o di beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria. Nei loro confronti il controllo di cui all'art. 100 Cost. è esercitato, oltre che con l'invio dei consuntivi e dei bilanci, mediante la presenza diretta di un magistrato della Corte, legittimato ad assistere alle sedute degli organi di amministrazione o di revisione.

Tale magistrato è designato dal Consiglio di Presidenza della Corte dei conti (organo di autogoverno dei magistrati contabili, assimilabile al Consiglio superiore della magistratura, dei magistrati ordinari) e nominato dal Presidente della Corte stessa (28).

Dunque, riassuntivamente su questo punto, se l'ente pubblico o privato fruisce di contribuzioni continuative o periodiche, il controllo è meramente cartolare, in base all'art. 2, sugli atti trasmessi dall'ente alla Corte. Se invece l'ente è destinatario di un "apporto al patrimonio" o di "garanzie finanziarie", il controllo avviene, ex art. 12 della l. n. 259/1958, ad opera di un magistrato della Sezione di controllo, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione, quali sono il consiglio di amministrazione e i collegi sindacali o di revisione.

La l. n. 20/1994 ha confermato, come già accennato, all'art. 3, c. 7, la persistenza di tale forma di controllo sugli enti di cui alla l. n. 259/1958, ed anzi le Sezioni riunite della Corte dei conti, nella deliberazione 18 gennaio 1995, n. 2, hanno ulteriormente affermato che spetta alla Sezione controllo enti il controllo sugli enti pubblici, *"nei modi, nei tempi e nelle forme da essa determinati, sugli enti pubblici non economici nazionali, vale a dire tutti quegli enti pubblici che ovunque abbiano la sede non perseguono fini racchiusi in un particolare ambito territoriale, non hanno la cura degli interessi di popolazioni locali e non traggano sostegno da finanze locali"* (29).

6. Il c. 5 dell'art. 14 del testo unico stabilisce che, salvo alcune eccezioni specificamente indicate (artt. 2447 e 2842-ter c.c.), le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate (con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito) che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Tuttavia, sono consentiti i trasferimenti straordinari a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

(28) Attualmente, gli enti sottoposti a controllo ex art. 12 sono circa sessanta, tra cui vanno menzionati, fra quelli più noti per la loro rilevanza: l'Inps-Istituto nazionale della previdenza sociale, l'Inpdap-Istituto nazionale di previdenza per i dipendenti dell'amministrazione pubblica, l'Inail-Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'Istat-Istituto centrale di statistica, l'Anas-Azienda autonoma per le strade statali, l'Enel s.p.a., l'Eni s.p.a.

(29) Con riguardo alle società costituite o partecipate prevalentemente da regioni ed enti locali ed aventi scopi sociali di carattere spiccatamente territoriale, le quali non beneficino in genere ordinariamente ed in modo diretto di contributi statali, le Sezioni riunite della Corte dei conti in sede di controllo, con delib. 26 luglio 2001, n. 16, hanno successivamente affermato che il controllo su queste società può essere esercitato esclusivamente in via indiretta, sulla base delle norme della l. n. 20/1994. Vi provvederanno, pertanto, la Sezione delle autonomie e le sezioni regionali nei rispettivi ambiti di competenza, nel contesto dei controlli ad esse spettanti sulle amministrazioni pubbliche territoriali e limitatamente a quegli aspetti delle gestioni societarie, che hanno impatto sugli equilibri di bilancio degli enti regionali e locali e concorrono a determinarne le politiche di settore.

Tale previsione si pone sulla scia dell'art. 243-*quater*, c. 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico sull'ordinamento degli enti locali), che disciplina il controllo della Corte dei conti sui piani di riequilibrio finanziario pluriennale deliberati dagli enti locali nei quali sussistano squilibri strutturali del bilancio in grado di provocare il dissesto finanziario.

In entrambi i casi, il compito della Corte dei conti è quello di verificare che il contenuto dei piani sia congruo ai fini del riequilibrio finanziario; con la differenza che, nel piano di riequilibrio pluriennale previsto dal Tuel, la sezione regionale di controllo competente per territorio è tenuta ad approvare o meno il piano, mentre nella fattispecie prevista dall'art. 14 t.u. sulle società partecipate il legislatore ha semplicemente previsto che il piano risanamento sia comunicato alla Corte dei conti *“con le modalità di cui all'art. 5”*, dunque, a meri fini conoscitivi.

Infine, il legislatore, all'ultimo periodo del c. 5 dell'art. 14, ha introdotto una ulteriore ipotesi di controllo preventivo di legittimità che, come tale, condiziona l'efficacia dell'atto: *“al fine di salvaguardare la continuità della prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta dell'amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma”*. Tale tipo di controllo risulta affine a quello esercitato dalla Corte dei conti sulle attività contingibili e urgenti della Presidenza del Consiglio dei ministri, in linea con la situazione di emergenza che giustificano un'azione straordinaria.

L'art. 20 del testo unico, in continuità con la legge di stabilità per l'anno 2015 (all'art. 1, cc. 611 e 612), dispone che, ferma la revisione straordinaria, *“le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti [...] un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione. [...] Le amministrazioni che non detengono alcuna partecipazione lo comunicano alla sezione della Corte dei conti competente”*; il c. 3 dello stesso articolo, stabilisce che tali provvedimenti siano adottati entro il 31 dicembre di ogni anno e trasmessi alla sezione di controllo della Corte dei conti.

Con il testo unico, il legislatore ha voluto rendere periodico il meccanismo di verifica delle partecipazioni societarie, con l'obiettivo di obbligare gli enti pubblici ad un'analisi continua delle partecipazioni possedute.

L'art. 20, c. 2, t.u. prevede che: *“I piani di razionalizzazione, corredati di un'apposita relazione tecnica, con specifica indicazione di modalità e tempi di attuazione, sono adottati ove, in sede di analisi di cui al c. 1, le amministrazioni pubbliche rilevano: a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'art. 4 (30); b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; e) partecipazioni in società diverse da quel-*

(30) Produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, o un contratto di partenariato; autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni; servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici; valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato.

le costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento; g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4."

In caso di adozione di piani di razionalizzazione periodica, le pubbliche amministrazioni sono tenute, ai sensi dell'art. 20, c. 4, t.u., ad adottare, entro il 31 dicembre dell'anno successivo, una relazione sull'attuazione del piano evidenziando i risultati conseguiti e tale relazione deve essere trasmessa alla struttura competente (di cui all'art. 15) e alla sezione di controllo della Corte dei conti (31).

La razionalizzazione straordinaria, prevista dall'art. 24, c. 1, t.u., ha anch'essa come obiettivo finale la riduzione della partecipazioni pubbliche stabilendo che: *"le partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche alla data di entrata in vigore del presente decreto in società non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'art. 4, ovvero che non soddisfano i requisiti di cui all'art. 5, cc.1 e 2 (32), o che ricadono in una delle ipotesi di cui all'art. 20, c. 2 (Razionalizzazione), sono alienate o sono oggetto delle misure di cui all'art 20, cc. 1 e 2. A tal fine, entro il 30 settembre 2017, ciascuna amministrazione pubblica effettua con provvedimento motivato la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute alla data di entrata in vigore del presente decreto, individuando quelle che devono essere alienate"*.

Lo scopo dei piani di razionalizzazione è quello di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni che legittimano il mantenimento delle partecipazioni pubbliche.

Ne consegue che il mantenimento delle partecipazioni pubbliche (dirette e indirette), in sede di revisione straordinaria richiede una motivazione analitica circa: la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4 del medesimo testo unico; le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria; la compatibilità della scelta coi principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa (art. 5 t.u.); l'insussistenza delle situazioni di cui al c. 2 dell'art. 20 t.u. (33).

(31) L'art. 20, c. 7, t.u. prevede una specifica sanzione pecuniaria nel caso in cui non siano adottati i provvedimenti volti alla razionalizzazione periodica delle partecipazioni da parte degli enti locali ovvero *"il 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 dalla competente sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti"*.

Sul punto, l'art. 12 del d.lgs.16 giugno 2017, n. 100, ha precisato che la sanzione per la mancata adozione dei piani di razionalizzazione è riferibile soltanto agli enti locali.

(32) A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'art. 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. L'atto deliberativo di cui al c. 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.

(33) Come precisato dalla Corte dei conti, Sez. autonomie, nella delib. 19 luglio 2017, n. 19, con cui ha approvato le *Linee di indirizzo per la revisione straordinaria delle partecipazioni di cui all'art. 24, d.lgs. n. 175/2016*, l'atto di ricognizione *"oltre a costituire un adempimento per l'ente, è l'espressione più concreta dell'esercizio dei doveri del socio, a norma del codice civile e delle regole di buona amministrazione"* e la

Il c. 5 dell'art. 24 t.u. prevede che, in caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo, ovvero di mancata alienazione entro i termini previsti, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro.

La disciplina transitoria dettata dall'art. 26 del testo unico individua una serie di esenzioni dall'applicazione delle previsioni sulla dismissione delle partecipazioni pubbliche e stabilisce che i relativi atti devono essere comunicati alla Corte dei conti (34).

In conclusione, al di là delle varie locuzioni utilizzate dal legislatore (“fini conoscitivi”, “comunicazioni degli esiti”), può senz'altro ritenersi che la nuova disciplina si inserisce coerentemente nel quadro delle attribuzioni della Corte dei conti. L'invarianza delle funzioni della Corte dei conti si ricava anche dall'art. 12 del testo unico per quanto concerne le funzioni giurisdizionali in tema di “*Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*”, laddove viene fatta salva la giurisdizione della Corte per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house* ed “è devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al c. 2” (35).

revisione straordinaria costituisce, per gli enti territoriali, aggiornamento del piano operativo di razionalizzazione già adottato ai sensi dell'art. 1, c. 612, l. n. 190/2014.

Nella citata deliberazione la Corte dei conti ha altresì sottolineato l'obbligatorietà della ricognizione delle partecipazioni detenute (la legge usa l'avverbio “tutte” per indicare anche quelle indirette, di minima entità e finanche le partecipazioni in società quotate), pertanto “*la ricognizione è sempre necessaria, anche per attestare l'assenza di partecipazioni*”.

(34) Così, il c. 4 prevede che “*nei diciotto mesi successivi alla sua entrata in vigore, il presente decreto non si applica alle società a partecipazione pubblica che abbiano deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati con comunicato alla Corte dei conti*”; e, ancora, il c. 5 stabilisce che “*nei dodici mesi successivi alla sua entrata in vigore, il presente decreto non si applica alle società in partecipazione pubblica che, entro la data del 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati. I suddetti atti sono comunicati alla Corte dei conti entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto*”.

(35) L'art. 12 va letto in combinato disposto con l'art. 13, che reca la disciplina delle modalità del controllo giudiziario sull'amministrazione delle società pubbliche, prevedendo che le amministrazioni pubbliche socie possano presentare la denuncia di gravi irregolarità al tribunale ordinario, attraverso il rimedio di cui all'art. 2409 c.c.

Ed ancora, l'altra disposizione rilevante ai fini del sistema del controllo esercitabile secondo le norme di diritto comune è rappresentata dall'art. 14 dettato in materia di crisi di impresa delle società pubbliche, che oltre a chiarire una volta per tutte il principio dell'assoggettabilità delle stesse alla disciplina dettata in materia fallimentare, prevede l'applicazione dell'art. 2409 c.c. nel caso in cui l'organo amministrativo non provveda all'adozione di provvedimenti adeguati al fine di contrastare la situazione.

Sempre in tale solco interpretativo si colloca la pronuncia Cass., S.U., 22 dicembre 2009, n. 27092, relativa alla giurisdizione contabile sui componenti del c.d.a. della Rai s.p.a., in base alla quale è stata affermata la giurisdizione contabile sul presupposto che, nonostante la veste di società per azioni, la Rai s.p.a. ha natura sostanziale di ente pubblico, perché individuata direttamente dalla legge quale concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, sottoposta ai poteri di vigilanza di una commissione parlamentare, destinataria di un canone d'abbonamento avente natura di imposta, compresa tra gli enti sottoposti al controllo della Corte dei conti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, nonché tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti. Ad analoghe conclusioni la Corte è pervenuta con riferimento all'Enav s.p.a. con la ord. S.U., 3 marzo 2010, n. 5032, sancendo anche in questo caso che ancorché formalmente costituita come una società per azioni, si tratta di un ente pubblico in forma societaria o di una società legale istituita con legge dello stato e dunque non con atto negoziale, per cui la giurisdizione contabile nei confronti di amministratori e dipendenti è piena e non è limitata al danno all'immagine. Sempre in questo

* * *

contesto interpretativo si inserisce un'altra sentenza resa da S.U., 9 luglio 2014, n. 15594, con riferimento all'Anas s.p.a., per la quale la Cassazione osserva anche qui che la forma giudica della stessa in società per azioni non vale a mutare la sua sostanza pubblicistica, e quindi la sua assoggettabilità alla giurisdizione contabile.

L'indirizzo della Corte di cassazione si delinea ancor meglio con la pronuncia S.U., 27 dicembre 2017, n. 30978, secondo cui è possibile ravvisare la natura eccezionale della giurisdizione contabile in tre ipotesi: in caso di società *in house* (per le quali è ribadita la necessità del triplice presupposto della partecipazione totalitaria da parte di enti pubblici e divieto di cessione delle partecipazioni a privati, dello svolgimento di attività almeno prevalente in favore degli enti soci, nonché del controllo analogo a quello degli enti sui propri uffici con prevalenza sulle ordinarie forme civilistiche; e pur sempre ove tali presupposti sussistano al momento della condotta dannosa); in caso di danno provocato direttamente al patrimonio non della società, ma dell'ente pubblico; in caso di danno cagionato dal rappresentante dell'ente pubblico partecipante che abbia esercitato od omesso di esercitare il suo potere in modo tale da pregiudicare il valore della partecipazione.