

# I pareri della Corte dei conti in materia di costituzione di società e di acquisizione di partecipazioni. Lo stato della giurisprudenza contabile

**SOMMARIO:** 1. La normativa di riferimento. 2. La procedura di esame. 3. L'invio dell'atto dopo la sua esecuzione. 4. Natura ed esiti della funzione. 5. I parametri di riferimento. 5.1 Sui parametri della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria. 6. Il controllo sull'aderenza della motivazione ai parametri normativi. 7. Il perimetro oggettivo di applicazione. In particolare, le operazioni straordinarie. 7.1. La trasformazione fra tipi societari (c.d. omogenea). 7.2 L'aumento di capitale. 7.3 La fusione per incorporazione. 7.4. Il "soccorso finanziario" a società in perdita protratta ex art. 14, comma 5, TUSP. 7.5 Le società quotate. 7.6 I consorzi. 7.7 I controlli della Corte dei conti sulle operazioni societarie non soggette all'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP.

DI DONATO CENTRONE

**ABSTRACT:** Il saggio propone un'analisi della particolare forma di controllo esercitata dalla Corte dei conti in materia di costituzione di società di capitali e di acquisizione di partecipazioni, dirette o indirette, nelle stesse, attraverso un attento esame della giurisprudenza formatasi in materia.

**ABSTRACT:** The essay proposes an analysis of the particular form of control exercised by the Court of Auditors on the establishment of corporations and the acquisition of direct or indirect shareholdings in them, through a close examination of the jurisprudence formed on the subject.

## 1. La normativa di riferimento.

L'art. 5 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (di seguito, anche TUSP), come recentemente modificato dall'art. 11, comma 1, lett. a), della legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso dall'amministrazione pubblica procedente (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. a), del TUSP) all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (che può esercitare i poteri attribuiti dall'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287<sup>(1)</sup>) e alla Corte dei conti, che deve deliberare, entro il termine di sessanta giorni, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5,

<sup>1</sup> In base al comma 1 della ridetta disposizione di legge, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Inoltre, in virtù del comma 2, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni (ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104).

nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Il successivo comma 4 dispone che, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali, sono competenti le Sezioni riunite in sede di controllo; 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 legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti.

La novella normativa precisa che, qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine prescritto di sessanta giorni, l'amministrazione possa procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione<sup>(2)</sup>. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata ritenga di procedere egualmente, è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi e a darne pubblicità nel proprio sito internet istituzionale.

La modifica apportata all'art. 5 del TUSP ad opera della legge n. 118 del 2022 ha investito, pertanto, l'esame svolto dalla Corte dei conti sugli atti di costituzione di una nuova società ovvero di acquisizione di una partecipazione in società già esistente.

L'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un ente pubblico, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto societario che di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola, come noto, in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico, ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta dare attuazione alla determinazione amministrativamente assunta, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione, etc.)<sup>(3)</sup>.

Come evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo nella prima pronuncia di orientamento generale adottata in materia (deliberazione n. 16/2022/QMIG), la funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca nel passaggio tra le due fasi, con l'intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili<sup>(4)</sup>. In questa prospettiva, l'intervento del legislatore si inquadra nel novero delle generali politiche di spending review, con l'obiettivo di assicurare una razionalizzazione e più efficiente gestione delle partecipazioni, al fine di

2 Sempre il comma 4 puntualizza che la segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni sul proprio sito internet istituzionale.

3 Tale distinzione costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza sia della Corte di Cassazione (ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché sentenza n. 30167/2011) che del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7030/2018), rappresentando anche il punto di confine tra le due giurisdizioni, essendo rimesso al giudice amministrativo il controllo giudiziale della prima fase, al giudice ordinario la seconda, avente natura privatistica.

4 In primo luogo, l'atto deliberativo assume rilevanza sul piano del diritto privato (Corte cost. n. 227/2020); si pensi, al riguardo, alle conseguenze che la mancanza o l'invalidità dell'atto amministrativo di autorizzazione alla costituzione/acquisizione produce in termini di nullità, ex art. 2332 cod. civ., della società, ove riguardi una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale (cfr. art. 7, comma 6, TUSP) ovvero in termini di inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione (cfr. art. 8, comma 2, TUSP). Per altro verso, l'intervento pubblico in una realtà societaria rischia di alterare il meccanismo concorrenziale del mercato (Corte costituzionale sentenza n. 251/2016) e si riverbera sulla finanza pubblica, impegnando risorse derivanti dal bilancio delle amministrazioni socie.

ridurre il loro costo per i bilanci pubblici (Corte costituzionale, sentenza n. 194/2020)<sup>(5)</sup>.

È alla luce di tale inquadramento che assumono significato le disposizioni dell'art. 5 TUSP, le quali, già nella formulazione originaria, impongono all'amministrazione un rigoroso onere di motivazione analitica dell'atto, da sottoporre anche all'esame della Corte dei conti al fine di intercettare tempestivamente eventuali irregolarità (anticipando valutazioni che potrebbero emergere in sede di controllo sui piani di razionalizzazione, ex art. 20 TUSP).

L'intervento normativo delinea i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti.

## 2. La procedura di esame.

La novella normativa ha precisato, sul piano procedurale, i termini entro i quali la Corte dei conti deve esaminare la delibera (sessanta giorni) e le modalità di comunicazione all'amministrazione dell'esito finale della verifica, nonché gli obblighi di pubblicazione imposti a quest'ultima.

Circa gli aspetti procedurali le Sezioni riunite in sede di controllo, nella citata delibera nomofilattica n. 16/2022/QMIG, hanno evidenziato come la nuova disciplina non preveda, espressamente, la necessità di attività istruttoria, né, di conseguenza, contempla ipotesi di sospensione del termine prescritto per l'esame.

In proposito, è stato sottolineato come la mancata previsione risulterebbe conforme alle modalità di espletamento della funzione consultiva, che, alla luce delle costanti pronunce intervenute sull'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131 ~~del 2003~~, verte sull'interpretazione di norme contabili riferite a fattispecie astratte e generali<sup>(6)</sup>.

Tale ricostruzione non appare, tuttavia, in linea con quanto previsto dall'art. 5, comma 3, del TUSP, che incentra l'esame su atti specifici già perfezionati (le delibere di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie), individuandone, altresì, a differenza della generale funzione consultiva, i parametri di riferimento e gli effetti collegati all'esito valutativo.

La mancata espressa previsione normativa non esclude che l'esercizio della funzione in esame sia attuata nel rispetto del principio generale del contraddittorio; infatti, proprio in considerazione delle conseguenze, dirette e indirette, del pronunciamento della Corte, l'interlocuzione con l'amministrazione e/o la richiesta di eventuale integrazione documentale appaiono funzionali ad acquisire i pertinenti elementi valutativi, in particolare nei casi in cui gli atti trasmessi non siano sufficientemente corredati dei dati necessari all'esame<sup>(7)</sup>.

Il perimetro della documentazione che deve essere inviata alla Corte dei conti ai fini della prescritta valutazione è delineato dal contenuto motivazionale dell'atto deliberativo. Ove la competente Sezione della Corte ritenga la documentazione trasmessa non completa o non chiara ovvero di dover acquisire ulteriori elementi al fine di valutare la ricorrenza dei requisiti prescritti dalla legge (in particolare, di sostenibilità finanziaria o di coerenza della scelta con i principi di efficacia, efficienza ed

5 L'art. 1 del TUSP prevede che le proprie disposizioni "sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa", puntando a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso alle partecipazioni societarie pubbliche, le cui eventuali inefficienze gestionali vanno a gravare, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti (cfr., anche, Corte costituzionale, n. 86/2022).

6 Anche se non è infrequente che la Corte dei conti, nell'ambito di altre funzioni consultive attribuite dall'ordinamento, si pronunci richiedendo chiarimenti prima di emettere il parere.

7 Sul punto, va, peraltro, ricordato che l'art. 3, comma 8, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 ~~del 1994~~ conferisce un potere generalizzato alla Corte dei conti di richiedere alle amministrazioni pubbliche ed agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia che sia strumentale all'espletamento dei propri compiti di controllo (si rinvia, anche, all'art. 16 del r.d. n. 1214 del 1934).

economicità) può chiedere, in sede istruttoria, ulteriori atti e/o delucidazioni; a tal fine, la Sezione deve individuare i tempi di riscontro, che – per esigenze di compatibilità con la scadenza del termine di legge – possono essere di durata breve (vertendo, peraltro, su elementi informativi che dovrebbero essere già a disposizione dell'amministrazione procedente)<sup>(8)</sup>.

### 3. L'invio dell'atto dopo la sua esecuzione.

Altro aspetto oggetto di dubbio interpretativo riguarda i casi in cui l'attivazione della funzione di cui all'art. 5 TUSP avvenga dopo che l'acquisto della partecipazione (o la costituzione societaria) sia stato definito in sede negoziale. Le Sezioni riunite in sede di controllo, nella delibera n. 16/2022/QMIG, hanno evidenziato come la fattispecie prospettata presenti caratteri eccentrici rispetto al modello procedurale prefigurato dal legislatore. La novella prevede, infatti, che l'amministrazione sia tenuta ad inviare l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione alla Corte dei conti, che deve pronunciarsi entro sessanta giorni dal ricevimento. Tuttavia, in caso di decorso infruttuoso del termine, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione. La verifica della Corte dei conti interviene, pertanto, su un provvedimento già perfetto, che, per poter essere eseguito, mediante la stipula dell'atto negoziale di costituzione o di acquisto, necessita del vaglio positivo della magistratura contabile ovvero del decorso infruttuoso del termine assegnato.

Risulta, pertanto, estranea al disposto normativo di cui al novellato art. 5 del TUSP la fattispecie dell'invio alla Corte dei conti di un provvedimento perfetto e già eseguito, mediante la stipula dell'atto negoziale. In proposito, la qualificazione legislativa in termini di “parere” dell'esito conclusivo della procedura di verifica esclude il carattere interdittivo del controllo operato dalla Corte. La novella normativa, infatti, dispone espressamente che, in caso di valutazione in tutto o in parte negativa, l'amministrazione pubblica può procedere egualmente, motivando analiticamente le ragioni per le quali ritenga di discostarsi dal parere.

L'invio di un provvedimento di acquisizione di partecipazione societaria già eseguito (con la stipula del negozio civilistico di costituzione o acquisizione) non consente, pertanto, l'esercizio dei poteri di verifica preliminare, da parte della Corte dei conti, secondo la procedura ed i tempi prescritti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, né l'esito di questi ultimi può sfociare, in caso di valutazione negativa, nell'onere per l'amministrazione di motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi, avendo quest'ultima già stipulato il negozio di costituzione o acquisto.

Di conseguenza, in questa ipotesi, la verifica della Corte dei conti non può procedere secondo la procedura, i parametri e gli esiti indicati dall'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP, venendone a mancare il presupposto a fondamento. Ferma restando l'emersione, secondo le regole ordinarie, di eventuali ipotesi di responsabilità, l'esame degli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie potrà comunque essere effettuato nell'esercizio delle altre funzioni di controllo attribuite dalla legge, in primo luogo quella vertente sugli annuali piani periodici di revisione (art. 20 TUSP).

L'esame successivo di tali atti, inoltre, può essere espletato in occasione degli obblighi di referto annuale cui sono tenute, per legge, alcune sezioni della Corte<sup>(9)</sup> ovvero, ancora, in sede di controllo di legalità finanziaria sui bilanci preventivi e

<sup>8</sup> Può farsi rinvio, per approfondimenti, alla citata delibera delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 16/2022/QMIG.

<sup>9</sup> Fra tutte, la Sezione di controllo sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, ex lege n. 259 del 1958.

rendiconti consuntivi di enti territoriali e del servizio sanitario nazionale (che, ai sensi dell'art. 148-bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 del 2000 e dell'art. 1, comma 4, del citato decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174 del 2012, presuppongono la valutazione degli effetti dei risultati economici della società sulla gestione economico-finanziaria dell'ente socio).

Infine, un ulteriore momento di analisi può essere costituito dai giudizi di parifica del rendiconto dello Stato e delle regioni (artt. 39, 40 e 41 del regio decreto n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012), che, tradizionalmente, dedicano apposito capitolo alla valutazione della gestione delle partecipazioni societarie.

#### 4. Natura ed esiti della funzione

Come accennato, il legislatore è intervenuto sugli esiti della funzione di controllo attribuita alla magistratura contabile, prevedendo, da un lato, che l'amministrazione pubblica, in caso di mancato pronunciamento entro sessanta giorni, possa procedere alla costituzione o all'acquisizione della società e, dall'altro, che, in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione intenda proseguire egualmente, è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali ritenga di discostarsene e a darne pubblicità nel proprio sito internet istituzionale.

In ordine alla natura ed agli esiti della nuova funzione, le Sezioni riunite in sede di controllo, nella deliberazione n. 16/2022/QMIG, hanno avuto modo di evidenziare che, mentre il novellato comma 3 dell'art. 5 ha qualificato l'esito finale dell'esame della Corte dei conti in termini di "pronuncia"<sup>(10)</sup>, il comma 4 fa riferimento ad un "parere", accentuando la natura consultiva, piuttosto che di controllo, di questa nuova funzione affidata alla Corte.

L'art. 5, comma 3, invero, prevede che la Corte dei conti si pronunci "in ordine alla conformità dell'atto" ai parametri individuati dal legislatore (sopra elencati), richiamando elementi propri del controllo successivo di regolarità/legittimità su atti, già evidenziata, anche con riferimento ad altre funzioni attribuite dal Testo unico delle società pubbliche, dalle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione (sentenze n. 16/2019/EL, n. 17/2019/EL e n. 25/2019/EL) e dalle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 19/2020/REF<sup>(11)</sup>).

Tuttavia, la pronuncia che conclude tale attività viene denominata "parere". Tale qualificazione presenta profili non del tutto in linea con la disciplina della generale funzione consultiva attribuita alla Corte dei conti (art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003, n. 131 del 2003), in virtù della quale gli enti territoriali possono chiedere pareri in materia di contabilità pubblica in ordine all'interpretazione, generale e astratta, di norme contabili e finanziarie (cfr., per tutte, Sezioni riunite, deliberazione n. 54/2010/QMIG). Anche la nuova funzione, che l'art. 46 legge 23 dicembre 2021, n. 238 del 2021 (rubricato "sviluppo della funzione consultiva") intesta alle Sezioni riunite in sede consultiva, sembra avere, quale presupposto legittimante l'istanza, la presenza di "fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro" (riferite alle risorse stanziare dal PNRR e ai fondi ad esso complementari), ma, quale contenuto, la resa di un parere nelle "materie di contabilità pubblica", afferente, alla luce dell'analoga formulazione letterale, all'interpretazione, generale e astratta, di norme del diritto contabile o finanziario, potenzialmente applicabili alla fattispecie prospettata.

Inoltre, per l'espressione del parere da parte della magistratura contabile, è necessario

10 Aderente alla proposta effettuata dalle Sezioni riunite in sede di controllo nella citata audizione presso la Commissione parlamentare competente (cfr. deliberazione n. 1/2022/AUD)

11 Può farsi rinvio, altresì, alla deliberazione n. 12/2021/PARI, approvativa della relazione allegata al giudizio di parifica del rendiconto dello Stato per l'esercizio 2020.

che l'attività (amministrativa o negoziale), oggetto dell'istanza non sia stata posta in essere dall'amministrazione richiedente, essendo la funzione consultiva strumentale all'adozione, successiva, di atti regolari dal punto di vista contabile (e del rispetto delle norme di finanza pubblica); la stessa non può portare, invece, ad avallare ex post scelte già compiute, estrinsecantisi in atti già perfezionati o contratti già stipulati (cfr., per esempio, Sezione delle autonomie, deliberazione n. 17/2020/QMIG<sup>(12)</sup>).

La richiamata attività consultiva, peraltro, non prevede termini per il suo esercizio, a differenza di quanto prescritto dal novellato art. 5, commi 3 e 4, TUSP.

Il pronunciamento richiesto sembra presentare punti di contatto con le procedure, i tempi e gli effetti (in caso di superamento del termine) del controllo preventivo di legittimità. Tuttavia, in assenza di una espressa previsione in tal senso, non appare possibile ricondurre la nuova funzione a quest'ultimo, puntualmente disciplinato in ordine a tipologia (tassativa) di atti assoggettati, autorità emanante, procedura istruttoria, termini ed esiti (art. 3 legge n. 20 del 1994 e norme ivi richiamate, su tutte artt. 17, e seguenti, del regio decreto n. 1214 del 1934). Peraltro, il controllo preventivo di legittimità interviene su un atto già perfetto, ma non efficace, mentre, nel caso di specie, l'esame appare incentrato su un atto già perfetto ed efficace, per il quale sussiste, nel lasso temporale concesso alla Corte per l'esame, e al massimo per sessanta giorni, un impedimento temporaneo alla sua esecuzione (stipula del contratto di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni)<sup>(13)</sup>.

Nel senso dell'attrazione alla funzione di controllo concorrono vari elementi. In primo luogo, può richiamarsi la rubrica dell'art. 12 della legge n. 118 del 2022 ("Modifica della disciplina dei controlli sulle società a partecipazione pubblica") e in tali termini si esprime anche la relazione illustrativa all'iniziale disegno di legge. In secondo luogo, in base alla novella normativa, il pronunciamento della Corte dei conti interviene non prima (come per l'attività consultiva), ma dopo che l'amministrazione abbia perfezionato l'atto deliberativo (di costituzione o di acquisizione della partecipazione), per la traduzione del quale nelle forme del diritto societario, tuttavia, la legge richiede il decorso di un predeterminato lasso temporale (sessanta giorni) funzionale all'esame da parte della Corte dei conti. La disciplina introdotta dalla legge n. 118 del 2022, inoltre, va letta in chiave sistematica, considerando il complessivo ruolo assegnato alla Corte dei conti in materia di società a partecipazione pubblica: quest'ultima è chiamata a pronunciarsi, esercitando funzioni di controllo, fra gli altri, sulle revisioni periodiche ex art. 20 TUSP<sup>(14)</sup>.

Tuttavia, l'espressa qualificazione della pronuncia della Corte dei conti, da parte del legislatore, quale "parere" ha conferito una fisionomia atipica ad una attività di controllo su un atto specifico, di cui la norma individua anche i parametri di riferimento. Tale qualificazione appare, invero, funzionale all'obiettivo del legislatore

12 Nonché la costante giurisprudenza delle sezioni regionali di controllo (per tutte, Lombardia, deliberazioni n. 62, 290 e 421/2016/PAR).

13 Per la differenza fra efficacia ed esecutività può farsi rinvio all'art. 21-quater, c. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 del 1990 (come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. c), della legge 7 agosto 2015, n. 124), rubricato "Efficacia ed esecutività del provvedimento", in base al quale "I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo". Inoltre, "L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21-nonies".

14 Coerentemente la citata deliberazione delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 1/AUD/2022 (paragrafi 3.3 e 3.4) aveva ricondotto la funzione nell'ambito dell'attività di controllo. Anche in vigenza dell'abrogato articolo 3, commi 27 e 28, legge n. 244 del 2007, la verifica sugli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie era stata qualificata in termini di controllo (per es., SRC Lombardia n. 44/2012/PRSE, n. 263/2011/PRSE e n. 830/2011/PRSE).

di ottenere un vaglio tempestivo, da parte della Corte dei conti, sull'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria, senza, tuttavia, attribuirvi effetti preclusivi (diversamente da quanto sarebbe accaduto in caso di richiamo agli schemi tipici del controllo preventivo di legittimità o al successivo con effetti interdittivi).

Infatti, da un lato, il pronunciamento della Corte dei conti deve intervenire entro un arco temporale predeterminato (sessanta giorni), con facoltà, in difetto, per l'amministrazione di procedere ugualmente; dall'altro, ove il parere della Corte dei conti sia "in tutto o in parte negativo", l'amministrazione, previo onere di motivazione rafforzata ("analitica"), può ugualmente costituire la società o acquisire la partecipazione.

In conclusione, le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/202/QMIG) hanno ritenuto che la procedura prevista dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP postula l'espletamento di una peculiare attività di controllo, di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti.

### 5. I parametri di riferimento.

In ordine ai primi, il richiamo, effettuato dall'art. 5, comma 3, TUSP ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a: a) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4); b) ragioni che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; c) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; d) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Inoltre, la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli articoli 4, 7 e 8 del d.lgs. n. 175 del 2016 (dettati in tema di competenza, procedura e contenuto motivazionale dell'atto determinativo o deliberativo adottato dall'ente pubblico istante).

L'impianto normativo (art. 5, commi 1 e 2, TUSP)<sup>15</sup> evidenzia, in primo luogo, come gravi sull'amministrazione procedente l'onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di costituzione della società (o di acquisto di una partecipazione) o nei relativi allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi.

Tenendo quindi a mente tale separazione di ruoli, occorre analizzare partitamente gli ambiti di valutazione che vedono l'amministrazione come soggetto obbligato e quelli del successivo sindacato rimesso alla Corte dei conti sugli atti deliberativi adottati.

#### 5.1 Sui parametri della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria.

Le valutazioni circa la "convenienza economica" e la "sostenibilità finanziaria" dell'operazione di investimento in una società neocostituita o già esistente, da cui conseguono anche quelle relative alle possibilità alternative della gestione diretta o esternalizzata e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, costituiscono un onere gravante sull'amministrazione interessata all'operazione; quest'ultima è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori che devono sorreggere la scelta e confluire nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporre poi allo scrutinio

<sup>15</sup> Già oggetto di esame, nel corso dell'iter parlamentare, da parte delle Sezioni riunite in sede di controllo, cfr. deliberazione n. 1/SSRRCO/AUD/22, "Memoria sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021",



della Corte dei conti.

Tra i profili di carattere economico-finanziario che, in base all'art. 5, devono integrare il tessuto motivazionale degli atti in questione, un ruolo centrale è rivestito dal concetto di sostenibilità finanziaria<sup>(16)</sup>, che, in base a quanto opinato da Sezioni riunite in sede di controllo n. 16/2022/QMIG, assume, nel campo degli investimenti societari, una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato.

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di previsione, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale<sup>(17)</sup>.

Nel caso delle società a partecipazione pubblica la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettica dell'attività, intesa come idoneità a preservare l'equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte dall'art. 14 TUSP al socio pubblico con riguardo agli interventi di sostegno economico alle società partecipate in difficoltà, in virtù dei limiti e divieti al soccorso finanziario, ampliamenti sviluppati dalla giurisprudenza contabile<sup>(18)</sup>.

La sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo deve essere attentamente scandagliata dall'amministrazione, nell'ambito dell'iter istruttorio, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. Tra di essi, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni sia suffragato dallo sviluppo di un adeguato business plan (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende avviare o proseguire.

Quanto al relativo contenuto, tale documento (o altro equipollente) deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione che si intende eseguire: nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riepiloghi l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi; nel caso di nuova iniziativa, sarà necessario esternare le linee generali del progetto, con particolare riferimento al contesto del mercato di riferimento, in termini di domanda potenziale e di offerta già esistente, e al posizionamento strategico che la società si prefigge di conseguire. Tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (stime dei costi e dei ricavi) che relative ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, di investimento e di finanziamento, come definite nel principio contabile OIC 10 "Rendiconto finanziario"). Parimenti, la stima deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide,

16 In tale ambito la sostenibilità finanziaria indica "la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento".

17 Si tratta di un elemento che è espressione della nozione stessa d'impresa contenuta nell'art. 2082 c.c.; quest'ultima norma, infatti, richiama, tra i requisiti qualificanti la figura dell'imprenditore, l'esercizio di un'attività economica, ossia di un'attività fondata su un modello organizzativo e operativo idoneo a generare ricavi che remunerino i fattori produttivi utilizzati. Al riguardo, la giurisprudenza civilistica appare consolidata nel riconoscere, quale requisito oggettivo alla base della figura dell'imprenditore commerciale, "l'obiettivo economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo)" (Cass. civ. Sez. VI, ordinanza. 12 luglio 2016, n. 14250). Ai fini della configurazione dell'impresa rileva quindi il "dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività con organizzazione degli elementi personali e materiali necessari per il funzionamento del servizio, e dovendo essere, invece, escluso il suddetto carattere imprenditoriale dell'attività nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti" (Cass. n. 5766/1994, n. 16435/2003, n. 7725/2004 e, più di recente, Cass. n. 16612/2008).

18 Fra gli altri, Corte conti sez. controllo per la Lombardia, n. 753/2010/PAR.



correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto)<sup>(19)</sup>.

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'opportunità di integrare l'analisi con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

Sotto il secondo profilo, la sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione o di acquisto di partecipazioni societarie deve essere valutata con riguardo alla situazione specifica dell'amministrazione precedente. Dovrà, in tale sede, darsi conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente programmati con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio, ad esempio quelli di carattere organizzativo per l'esercizio delle funzioni di controllo sull'organismo partecipato (si pensi, a titolo esemplificativo, al sistema di controllo interno sulle società partecipate non quotate ai sensi dell'art. 147-quater del TUEL). In questo ambito valutativo, le amministrazioni locali devono considerare anche gli accantonamenti che saranno tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 TUSP, a fronte di eventuali perdite evidenziate nel BP negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione.

La motivazione dell'atto deliberativo deve esternare, altresì, le ragioni di convenienza economica sottese alla scelta di fare ricorso allo strumento societario. In tale ambito, la valutazione di convenienza economica implica che la motivazione dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità). In merito al primo versante, la motivazione deve rendere note le finalità perseguite non solo sotto il profilo della redditività del capitale investito, ma anche con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di politica istituzionale, eventualmente sintetizzabili in indicatori di output e outcome. Quanto al secondo profilo, è lo stesso art. 5, c. 1, del TUSP ad esplicitare i termini della valutazione, che dovrà avere ad oggetto il confronto con altre soluzioni, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione (comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili).

Si tratta, si precisa, di contenuto motivazionale rimesso, nel rispetto dei paletti posti dal legislatore nei commi 1 e 2 dell'art. 5, alla discrezionalità delle singole amministrazioni, che, come chiarito nella citata pronuncia nomofilattica delle Sezioni riunite n. 16/2022/QMIG, non devono osservare prestabiliti oneri formali, né uno schema predeterminato nel provvedimento. Tantomeno, hanno l'obbligo di accompagnare l'invio della delibera alle sezioni della Corte dei conti con relazioni o evidenze istruttorie prestabilite. La valutazione di conformità, da parte delle competenti sezioni della Corte dei conti ha ad oggetto, infatti, la completezza e l'adeguatezza del contenuto motivazionale della delibera adottata dall'ente locale, desumibile, come da regola generale (art. 3 legge n. 241 del 1990), anche da atti richiamati da quest'ultima

<sup>19</sup> Va, in particolare, esplicitata la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o ricavi da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente dovrà essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia variabili sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (break even point) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati.

(primi fra tutti, eventuali allegati)<sup>(20)</sup>.

## 6. Il controllo sull'aderenza della motivazione ai parametri normativi.

L'art. 5 d.lgs. n. 175 del 2016 in esame assegna alla Corte dei conti un sindacato "preventivo" sull'atto deliberativo adottato dall'amministrazione, teso a verificarne, attraverso l'esame della motivazione e della documentazione in essa richiamata, la conformità ai vincoli tipologici, finalistici e procedurali previsti dal TUSP, oltre che a scrutinare il rispetto delle previsioni in materia di competenza ad adottare gli atti in questione. Nel quadro dell'esposto esame ad ampio spettro, il legislatore sottolinea in particolare i profili della sostenibilità finanziaria e della convenienza economica dell'operazione.

In questi ambiti l'amministrazione esercita un potere caratterizzato da discrezionalità tecnica, essendo chiamata a fare applicazione di criteri, regole e canoni propri di conoscenze specialistiche diverse dalla scienza giuridica (giudizi tecnici propri del settore aziendalistico e finanziario, caratterizzati da margini di opinabilità).

Sul punto, come ricordato dalla citata Sezione riunita n. 16/20022/QMIG, la giurisprudenza amministrativa ha abbandonato (Consiglio di Stato, n. 601/1999) l'orientamento tradizionale che vedeva il sindacato del giudice sugli apprezzamenti tecnici come controllo meramente formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, per muovere verso un modello di sindacato intrinseco, che ammette la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo, distinguendo il margine di opinabilità, tipico dell'applicazione di una regola scientifica non assoluta, dal margine di opportunità, caratteristico delle scelte di merito riservate all'amministrazione. Al giudice amministrativo "è consentito censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile"<sup>(21)</sup> <sup>(22)</sup>

Analoga impostazione è stata avallata dalla Corte di cassazione (SSUU, 20 gennaio 2014, n. 1013) secondo la quale la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi non esclude ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto posti a fondamento del provvedimento scrutinato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come deve ritenersi nel caso delle

20 In tale prospettiva non appare conforme al dettato normativo, in particolare alla luce dell'orientamento nomofilattico assunto dalle Sezioni riunite in sede di controllo nella deliberazione n. 16/2022/QMIG, la richiesta all'amministrazione pubblica istante, da parte della sezione della Corte dei conti competente, di un preliminare "questionario" istruttorio, da che allegare alla richiesta, con la precisazione che, in assenza di completamento del questionario, il giudizio della Corte si concluderà con esito negativo (cfr. Corte conti, SRC Emilia-Romagna, delib. n. 32/2023/PASP).

21 Cfr., ex multis, Cons. St., Sez. VI, sent. 13 settembre 2012 n. 4873; sent. 14 luglio 2011 n. 4283; sent. 6 febbraio 2009 n. 694; sent. 4 settembre 2007 n. 4635.

22 Nella ricostruzione del giudice amministrativo – ispirata alla ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare il potere che spetta all'amministrazione – è possibile "sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato" (Cons. St., Sez. VI, sent. 13 settembre 2012 4873, cit.). Con riguardo alle valutazioni tecniche "anche quando riferite ai c.d. 'concetti giuridici indeterminati', la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità" (Consiglio di stato n. 2302/2014).

nozioni di sostenibilità finanziaria e convenienza economica – detto sindacato è limitato alla verifica che quel provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione.

Specularmente, in materia di responsabilità amministrativa, la Corte di cassazione, proprio con riferimento ai parametri dell'efficienza, efficacia ed economicità, ha costantemente ammesso il sindacato del giudice contabile, teso a “verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità” (ex multis, Cass. n. 14488/2003).

Alla luce di questo inquadramento, quanto al profilo della sostenibilità finanziaria, SSRR n. 16/2022/QMIG ha precisato che la verifica della Corte dei conti deve aver ad oggetto il piano finanziario sviluppato dall'amministrazione, valutandone la completezza e l'adeguatezza<sup>(23)</sup>. Ulteriori profili di scrutinio attengono all'affidabilità e attendibilità del business plan o dell'altra documentazione istruttoria relativa alla fattibilità economico-finanziaria dell'operazione<sup>(24)</sup>.

Quanto all'accezione soggettiva della sostenibilità finanziaria, l'esame della Corte dei conti è teso alla verifica della copertura delle spese legate all'investimento societario a carico del bilancio dell'amministrazione e al rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio anche in chiave prospettica.

Per la valutazione della convenienza economica, lo scrutinio dell'atto deliberativo è teso ad accertare che l'istruttoria dell'amministrazione abbia confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione, tenendo conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi.

## **7. Il perimetro oggettivo di applicazione. In particolare, le operazioni straordinarie.**

L'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 enuncia puntualmente le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la “costituzione di una società a partecipazione pubblica” (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di “acquisto di partecipazioni, anche indirette” da parte di amministrazioni pubbliche<sup>(25)</sup>.

Tuttavia, come evidenziato dalla Sezione remittente, durante la vita di una società possono esservi ulteriori vicende, alcune incidenti sugli elementi del contratto societario (ad esempio, le modifiche all'oggetto sociale o al capitale), altre determinanti una revisione del complessivo assetto organizzativo (come nel caso delle c.d. “operazioni straordinarie”).

Le modifiche che possono interessare l'impresa esercitata in forma collettiva (anche

23 Il requisito della completezza implica la verifica che l'istruttoria condotta dall'amministrazione contenga tutti gli elementi informativi per la comprensione del progetto deliberato. Il parametro dell'adeguatezza, invece, si riferisce alla valutazione dell'intensità degli approfondimenti istruttori richiesti, da modularsi in chiave proporzionale rispetto al grado di complessità dell'operazione societaria deliberata.

24 Il criterio dell'affidabilità attiene al procedimento per la formulazione delle proiezioni del piano, sotto il profilo dei dati utilizzati e del metodo di elaborazione; quello dell'attendibilità, invece, postula una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni che l'amministrazione trae in merito alla sostenibilità finanziaria dell'operazione. Nel caso di acquisizione di partecipazioni in realtà societarie già esistenti, il giudizio di attendibilità dovrà altresì tenere in considerazione la coerenza delle previsioni formulate con i dati di bilancio disponibili per il passato.

25 Per “partecipazione” deve intendersi “la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi”, come da definizione contenuta nell'art. 2, lett. f), del medesimo TUSP.

pubblica) e la sua attività, pur nella permanenza dei medesimi soci, differiscono per intensità di effetti. Accanto alle ipotesi a minor impatto, rappresentate dal mutamento di denominazione sociale o di cessione/affitto di azienda, esistono fattispecie più complesse, come le operazioni di trasformazione, ove il cambiamento organizzativo è più sensibile (trattandosi di modificare il tipo sociale o, addirittura, di muovere da una struttura societaria ad una avente differente natura giuridica e viceversa) o quelle di fusione e scissione (che producono effetti più radicali nei riguardi dei soggetti partecipanti).

Il d.lgs. n. 175 del 2016 non reca una disciplina organica di tali operazioni, anche in ragione della circostanza che il Testo unico ha voluto introdurre una regolamentazione di singole vicende organizzative delle società a partecipazione pubblica (quali, per esempio, la costituzione, l'acquisto o il mantenimento, cfr. art. 1, comma 1), mentre, per quanto non regolamentato, ha espressamente operato un rinvio alla normativa di diritto comune<sup>(26)</sup>.

Il Testo unico contiene, comunque, alcuni riferimenti alle operazioni straordinarie. In particolare, alla sola "trasformazione" nell'art. 7, comma 7, lett. b), con riguardo a procedura e motivazioni dell'atto deliberativo che deve adottare l'amministrazione pubblica. L'art. 8, comma 1, disciplina l'acquisto di partecipazioni in società già costituite, "anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale" o "altre operazioni straordinarie". L'art. 20, commi 1, 2 e 5 impone alle amministrazioni pubbliche di predisporre, ai fini del legittimo "mantenimento" delle partecipazioni, un periodico piano di revisione, che, in ragione della valutazione parametri indicati nell'art. 20, comma 2, può esitare anche in operazioni straordinarie, quali la fusione (o la messa in liquidazione).

Tutte queste operazioni, pur non configurandosi alla stregua di atti costitutivi di una società o di acquisto di partecipazioni, possono determinare effetti non dissimili per l'amministrazione socia. E' stata posta, in sede nomofilattica<sup>(27)</sup>, pertanto, la questione della riconducibilità di tali tipologie di atti al novero di quelli presi in considerazione dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP<sup>(28)</sup>.

Come evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/2022/QMIG), tratto comune alle sopra accennate operazioni è la circostanza di essere deliberate dall'ente pubblico successivamente all'assunzione della posizione di socio (e nell'esercizio dei poteri ad essa conseguenti). Invece, l'art. 5, comma 3, TUSP ha limitato, letteralmente, il proprio ambito oggettivo di applicazione ai soli due momenti (la costituzione di una società e l'acquisto di partecipazioni) in cui l'amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio.

In questa prospettiva, si giustifica l'obbligo, per l'amministrazione, di fornire analitica motivazione con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (art. 4 TUSP), nonché sul piano della convenienza, economica e finanziaria, rispetto ad altre formule gestionali. Tali valutazioni non sarebbero riferibili a soggetti societari esistenti o partecipati dalla medesima amministrazione, traducendosi in una riedizione di scrutini che avrebbero dovuto essere già condotti in precedenza (come desumibile, indirettamente, dall'art. 24, comma

26 L'art. 1, co 3, dispone che "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato".

27 Corte dei conti, Sezione di controllo per la Toscana, deliberazione n. 196/2022/QMIG.

28 Corte dei conti, SRC Veneto, deliberazione n. 141/2022/QMIG, ha precisato che il cambio di governance della società, integrata da una modifica dei patti parasociali, senza variazione alcuna di quote da parte dei soci, non è oggetto della novella legislativa introdotta, nell'art. 5 TUSP, con la legge n. 118 del 2022.

1, del TUSP, che, nel definire i presupposti per la “razionalizzazione straordinaria”, che le amministrazioni pubbliche hanno dovuto approvare all’entrata in vigore del Testo unico, imponeva di dismettere o razionalizzare le società costituite o acquisite in assenza delle motivazioni prescritte dall’art. 5, comma 1, del TUSP o non coerenti alla missione istituzionale dell’ente pubblico ex art. 4 TUSP<sup>(29)</sup>.

Questa ricostruzione non appare contraddetta dai richiami che l’art. 5, comma 3, TUSP opera, nell’enunciare i parametri ai cui deve essere informato l’esame della Corte dei conti, ai successivi articoli 7 e 8.

L’art. 7, al comma 1, individua, infatti, l’organo competente all’adozione della delibera di “partecipazione di un’amministrazione pubblica alla costituzione di una società”. Al comma 2, ribadisce che l’atto deliberativo di costituzione espliciti le motivazioni prescritte dal precedente articolo 5, comma 1. In virtù del comma 3, poi, il ridetto atto deve contenere, altresì, l’indicazione degli elementi essenziali dell’atto costitutivo, come disciplinati dagli articoli 2328 e 2463 del Codice civile (rispettivamente per le società per azioni e quelle a responsabilità limitata). Il medesimo atto, in aderenza al comma 4, va pubblicato sui siti istituzionali dell’amministrazione pubblica partecipante. Ancora, nel caso in cui sia prevista la partecipazione di soci privati, il comma 5 ricorda che la scelta di questi ultimi deve avvenire con procedure di evidenza pubblica<sup>(30)</sup>.

Si tratta, appunto, dei parametri legittimanti la regolare costituzione, sotto il profilo della competenza, della procedura e della motivazione, di organismi societari, che l’art. 5, comma 3, richiama ai soli fini di definire il contenuto dell’esame di “conformità” attribuito alla Corte dei conti, e distinguerlo da quello rimesso all’Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>(31)</sup>.

L’art. 7, comma 7, del TUSP, invece, prescrive che siano adottati con le modalità di cui ai commi 1 e 2 (osservanza di predeterminate regole di competenza, tese ad attribuire la scelta all’organo politico-amministrativo di vertice e motivazione aderente agli specifici contenuti prescritti dall’art. 5, comma 1) anche “a) le modifiche di clausole dell’oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell’attività della società; b) la trasformazione della società; c) il trasferimento della sede sociale all’estero; d) la revoca dello stato di liquidazione”. Si tratta di segmento normativo che, in assenza di esplicita previsione legislativa, non può far ritenere attratti all’esame preliminare della Corte dei conti, secondo la procedura, i parametri ed i tempi prescritti dai, differenti, commi 3 e 4 dell’art. 5 del TUSP, anche tali operazioni, che non comportano la costituzione di una nuova società o l’acquisizione di una partecipazione da parte di un ente pubblico (oggetto, invece, dell’esame attribuito dal legislatore alla Corte dei conti ai sensi dei citati commi 3 e 4 dell’art. 5).

L’art. 8 del d.lgs. n. 175 del 2016, a sua volta, prevede che le operazioni che, “anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, “comportino l’acquisto da parte di un’amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti” vanno deliberate secondo le modalità di cui all’articolo 7, commi 1 e 2 (vale a dire, seguendo i già esposti profili di necessaria osservanza di predeterminate regole sulla competenza e di oneri motivazionali).

Anche l’art. 8, tuttavia, non contiene un richiamo alla procedura di esame disciplinata dall’art. 5, commi 3 e 4, del TUSP, che ha un ambito applicativo differente

29 Norme che, come noto, hanno sostituito, al loro volta, le prescrizioni contenute nell’art. 3, commi 27 e seguenti, della legge n. 244 del 2007.

30 Come già disposto dall’art. 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ribadito dal nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36 del 2023, all’art. 13, comma 3.

31 In omaggio, peraltro, agli obiettivi esplicitati dal legislatore nell’art. 1, comma 2, del medesimo TUSP, in base al quale le disposizioni contenute nel decreto sono applicate avendo riguardo, da un lato, “all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche” e “alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica” e, dall’altro, “alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato”.

rispetto agli obblighi prescritti dal comma 1 dell'art. 5 (richiamato, tramite il comma 2 dell'art. 7, dall'art. 8, comma 1). Mentre quest'ultima disposizione, infatti, prevista sin dall'approvazione del d.lgs. n. 175 del 2016, individua il contenuto motivazionale dei provvedimenti che autorizzano, da parte di amministrazioni pubbliche, la costituzione di società o l'acquisto di partecipazioni (nonché, in virtù del richiamo operato dagli artt. 7, comma 7, e 8, comma 1, quello di altre operazioni c.d. "straordinarie"), i commi 3 e 4, invece, fondano uno specifico potere di esame preliminare da parte della Corte dei conti (e dell'AGCM), che ha, quali parametri di riferimento, anche le disposizioni presenti negli artt. 7 e 8 (richiamati, come palesato nella novella legislativa ed evidenziato in precedenza, solo a questi fini).

Di conseguenza, l'assoggettamento all'esame preliminare della Corte dei conti di operazioni che, "anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie", "comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti" trova fondamento nel comma 3 dell'art. 5, che impone di inviare alla Corte dei conti l'atto deliberativo di "acquisizione della partecipazione", fattispecie che può essere integrata dalla sottoscrizione di un aumento di capitale deliberato da società in quel momento non partecipata.

L'assunzione della qualità di socio segna, pertanto, la linea di confine per distinguere gli atti deliberativi da sottoporre all'esame della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, e quelli invece esclusi o, meglio, per i quali la legge non ne impone la trasmissione. In particolare, la ridetta procedura preliminare di valutazione non riguarda le decisioni concernenti operazioni societarie straordinarie, quali la sottoscrizione di aumenti di capitale che l'ente è chiamato ad approvare nella qualità di socio, la trasformazione fra tipi societari e la fusione.

Anche considerando, singolarmente, le operazioni societarie, le conclusioni esposte nel precedente paragrafo non mutano.

### **7.1. La trasformazione fra tipi societari (c.d. omogenea).**

La trasformazione è un'operazione che comporta il cambiamento di "tipo" di società (omogenea) o il passaggio da una società di capitali ad ente di natura giuridica differente e viceversa (eterogenea), assolvendo ad una funzione di riorganizzazione della struttura dell'ente interessato mediante semplificazione procedurale dei passaggi intermedi (quali, le attività di scioglimento e liquidazione, con contestuale creazione di una nuova società o ente).

Le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 19/2022/QMIG), oltre alle argomentazioni già esposte, hanno ritenuto che la ricostruzione della natura giuridica della trasformazione e gli effetti che da essa discendono per il socio (anche pubblico) e la società, costituiscono elementi che consentono di escludere l'assimilabilità di tale operazione a quella di estinzione con contestuale costituzione di un nuovo soggetto (né, tantomeno, all'acquisto di partecipazioni in realtà già esistenti).

Al riguardo, l'art. 2498 cod. civ. prevede che "con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione". Tale previsione adotta, peraltro, il vocabolo generico "ente", riferito al soggetto trasformato, sicché la condizione di continuità giuridica (conservazione dei diritti ed obblighi) ricorre non solo nell'ipotesi in cui una società muti in una di diverso tipo (trasformazione omogenea), ma anche nelle altre



fattispecie (trasformazione eterogenea)<sup>(32)</sup>.

L'elemento caratterizzante l'operazione va rinvenuto, infatti, nella continuità dei rapporti giuridici, non producendosi, all'esito, alcun effetto novativo o estintivo, come da nutrita serie di pronunce della giurisprudenza civile di legittimità, richiamate dalla Sezione remittente (per tutte, di recente, Cassazione civile, sez. lav., 1° settembre 2021, n. 23721/2021; Cassazione civile, sez. I, 29 maggio 2020 n. 10302/2020)<sup>(33)</sup>.

Va, peraltro, rimarcato come la anche trasformazione eterogenea non determina il mutamento del regime di responsabilità patrimoniale del socio, pure pubblico<sup>(34)</sup>.

Di conseguenza, il rinvio operato dall'art. 5, comma 3, TUSP al successivo art. 7 è effettuato ai soli fini di individuare i parametri in base ai quali la Corte dei conti deve svolgere le proprie valutazioni sugli atti di costituzione societaria, con riferimento alle regole di competenza (art. 7, comma 1), all'obbligo di allegare gli elementi essenziali dell'atto costitutivo della società (art. 7, comma 3), all'onere di pubblicazione sul sito istituzionale (art. 7, comma 4) ed alle modalità di selezione dei soci privati (art. 7, comma 5). Invece, il richiamo effettuato dal comma 7 dell'art. 7, per il tramite del comma 2, al, solo, comma 1 dell'art. 5 ha la differente finalità, per le operazioni in esso previste (tra le quali, la trasformazione), di individuare gli oneri formali e motivazionali che incombono sul socio pubblico coinvolto in tale vicenda, non comprendendo l'obbligo di trasmissione alla Corte dei conti, dettato dal successivo comma 3 (non citato dall'art. 7, comma 2)<sup>(35)</sup>.

## 7.2 L'aumento di capitale.

L'operazione di aumento di capitale nelle società realizza, attraverso un procedimento complesso, un contratto tra la società conferitaria ed il socio o il terzo conferente. La prima fase dell'operazione, rappresentata dalla delibera di aumento di capitale, consiste in un atto di organizzazione interno alla società, di regola riservato all'assemblea dei soci, chiamata ad esprimere la volontà della società attraverso le maggioranze previste

32 Non oggetto della citata pronuncia nomofilattica n. 19/2022/QMIG. L'operazione di trasformazione da un ente, pubblico o privato, avente natura non societaria ed uno dei tipi di società previsto dal Codice civile (e ammesso per le amministrazioni pubbliche, ex art. 3 del TUSP) risulta, infatti, sottoposta alla procedura di esame preliminare disciplinata dai commi 3 e 4 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, integrando una ipotesi di costituzione di società o acquisizione di una partecipazione ex novo (come affermato, di recente, dalla Sezione controllo enti, determinazione n. 91/2023).

33 Tale conclusione non appare minata, nel caso di specie, dalla circostanza che il passaggio dalla società azionaria a quella consortile per azioni potrebbe determinare una diversa "esposizione" finanziaria dei soci pubblici. Ai sensi dell'art. 2615-ter c.c. le società consortili hanno, come scopo sociale, quello tipico del contratto di consorzio ex art. 2602 c.c. (istituzione di un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese); inoltre, l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro (cfr. art. 2615-ter, comma 2, c.c.). Le peculiarità delle società consortili risiedono, pertanto, sia nello "scopo sociale" che nell'eventuale "deroga" alla regola generale secondo cui il socio è obbligato a eseguire solo i conferimenti determinati dal contratto sociale (per la cui natura, ratio e disciplina può farsi rinvio a Cass. civ., sez. I, ordinanza, n. 3628/2021). La previsione di tali ulteriori forme di contribuzione, tuttavia, per le quali vanno naturalmente osservate le regole prescritte alle pubbliche amministrazioni (in particolare, per finalizzare i trasferimenti operati all'erogazione, a "prezzi" congrui, di un servizio da parte della società, con vincoli o divieti per quelli destinati al mero ripiano di perdite, ex art. 14, commi 4 e 5, TUSP) non fa venir meno la, già evidenziata, relazione di continuità giuridica del soggetto societario trasformato e, di conseguenza, della partecipazione detenuta dall'amministrazione socia, non venendosi a determinare un fenomeno di estinzione e successiva ricostituzione. L'illustrata, potenziale, differente esposizione finanziaria del socio pubblico, per effetto del cambiamento di regime societario, rappresenta uno degli elementi che l'ente socio deve tenere adeguatamente in considerazione in sede di deliberazione dell'operazione, senza che ciò comporti, tuttavia, l'attrazione dell'operazione alla specifica procedura di esame preliminare prescritta dai commi 3 e 4 art. 5 del TUSP.

34 Cassazione civile, sez. trib., 24 luglio 2020, n. 15863/2020; in materia, di recente, anche Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 140/2022/PAR.

35 Si tratta di conclusione aderente anche alla già esposta enunciazione di principio contenuta nell'art. 1, comma 3, del TUSP, in base alla quale "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato"

dalla legge o dallo statuto<sup>(36)</sup>.

Detta delibera societaria, avente efficacia organizzativa interna e implicante una modificazione statutaria, non determina un effetto immediato e diretto sulla partecipazione del socio e, pertanto, l'atto deliberativo dell'ente pubblico, con cui determina l'approvazione in assemblea, non rientra fra gli atti da trasmettere alla Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP.

Alla delibera societaria fa seguito l'eventuale decisione di adesione e sottoscrizione dell'aumento da parte dell'ente pubblico, già socio o interessato a divenire tale, mediante un conferimento in denaro o in natura. Detta volontà si manifesta con la sottoscrizione di una quota dell'aumento deliberato, atto che non coincide con la manifestazione di voto espressa dal socio durante l'assemblea<sup>(37)</sup>.

In questa seconda fase, l'atto decisionale dell'ente pubblico di autorizzazione alla sottoscrizione della quota di aumento di capitale comporta, invece, conseguenze rilevanti ai fini dell'eventuale assoggettabilità all'esame preliminare della Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP.

Qualora l'ente aderente sia terzo rispetto alla società, la sottoscrizione dell'aumento di capitale risulta assimilabile ad un'operazione di acquisto di partecipazioni ex novo. Pertanto, in aderenza al combinato disposto dell'art. 5, comma 3, e dell'art. 8, comma 1, del TUSP, l'atto deliberativo di sottoscrizione dell'aumento di capitale, da parte dell'ente pubblico, in precedenza non socio, va trasmesso alla Corte dei conti per l'esame prescritto dall'art. 5.

In ipotesi di adesione ad un aumento di capitale da parte dell'ente pubblico già socio non si assiste, invece, all'acquisto di una partecipazione, ma all'incremento di quella già posseduta<sup>(38)</sup>.

### 7.3 La fusione per incorporazione.

La fusione è un'operazione societaria straordinaria che può realizzarsi mediante la costituzione di una nuova società (fusione propria) o attraverso l'incorporazione in una società di uno o più altri soggetti (fusione per incorporazione), a cui possono essere interessate anche le società pubbliche<sup>(39)</sup>.

Al fine di stabilire se anche l'atto deliberativo di approvazione della fusione rientri nell'iter di cui all'art. 5, comma 3, TUSP occorre considerare che tale norma contiene, come detto, richiami ad altre disposizioni (al fine di individuare i parametri del controllo della Corte), nessuna delle quali, peraltro, menziona espressamente la fusione. Difatti, quest'ultima non figura tra le operazioni per l'adozione delle quali l'art. 7, comma 7, del TUSP richiede le specifiche modalità, procedurali e motivazionali, di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo (disposizioni richiamate, sempre senza far riferimento alle operazioni di fusione, anche dal comma 1 dell'art. 8).

Al riguardo, il comma 1 dell'art. 2504-bis c.c. prevede che "La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione". La portata applicativa di tale previsione è stata diffusamente indagata dalla

36 Cfr., per es., Cassazione, sez. I, 17 luglio 2013, n. 17467/2013; Cassazione, sez. V, 27 maggio 2011, n. 11725/2011; Cassazione, sez. V, n. 15 settembre 2009, n. 19813/2009.

37 Cfr. Cass. civ., sez. I, n. 17467/2013; sez. V, n. 11725/2011; sez. V, n. 19813/2009.

38 In questa evenienza, fra l'altro, le valutazioni di conformità ai parametri normativi si tradurrebbero, su aspetti rilevanti, quali il rispetto dei vincoli finalistici o la convenienza economica del ricorso allo strumento societario, in sostanziali attualizzazioni di motivazioni già espresse dall'amministrazione all'atto dell'acquisto (nuovamente, e comunque, esaminabili, dalla competente Sezione della Corte dei conti, in sede di controllo sui piani di revisione periodica, alla luce dei parametri elencati nell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016).

39 Cfr., per esempio, Consiglio di Stato, sez. V, 1° settembre 2021, n. 6142/2021.

giurisprudenza civilistica, con lo scopo prevalente di stabilire il regime dei rapporti processuali delle società incorporate o fuse. Nelle più recenti pronunce (Cass. civ., sez. un., 30/7/2021, n. 21970) è stato sottolineato come la fusione per incorporazione, pur determinando l'estinzione della società incorporata, conduce, quale effetto finale, all'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione.

Sulla base di una ricostruzione sistematica del quadro normativo successivo alla riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6 del 2003) e tenendo, altresì, in considerazione le indicazioni promananti dal diritto europeo<sup>(40)</sup>, la Corte di Cassazione ha messo in luce la natura composita dell'operazione di fusione dalla quale derivano vari effetti sostanziali: di concentrazione, di estinzione e di successione.

Il primo consiste nella circostanza che la fusione, dando vita ad una vicenda modificativa dell'atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano, determina un fenomeno di integrazione giuridica ed economica, dal quale consegue che i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa, siano imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante o la società risultante dalla fusione. Il secondo effetto è quello dell'estinzione delle società incorporate (nella fusione per incorporazione) o fuse (nella fusione propria), con prosecuzione di tutti i rapporti giuridici in capo alla società incorporante o a quella risultante dalla fusione (art. 2504-bis cod. civ.), a cui si associa, in modo inscindibile, quello successorio a titolo universale, con la sostituzione della società incorporante (o di quella risultante dalla fusione propria) nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo ai soggetti estinti.

L'analisi effettuata dalla citata giurisprudenza è riferita alle società interessate dall'operazione di fusione (incorporata e incorporante), piuttosto che alla posizione dei soci delle medesime, a cui guarda, invece, la disciplina prevista dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP. Appare, pertanto, necessario traslare sui soci le considerazioni svolte circa la natura dell'operazione di fusione per incorporazione, distinguendo tra quelli della società incorporante e quelli delle incorporate.

Per i primi non vi è alcuna modifica sostanziale della partecipazione che possa essere assimilabile all'acquisizione di nuove azioni; ciò in quanto la società incorporante permane come soggetto giuridico immutato, in esito alla fusione. I secondi, invece, assistono all'annullamento dei titoli di partecipazione nelle società incorporate e alla contestuale assegnazione di quote dell'incorporante, sulla base del rapporto di concambio. Ciò sembrerebbe implicare effetti modificativi simili a quelle derivanti da un'operazione di cessione di partecipazioni, con contestuale riacquisto in una nuova realtà societaria, apparendo integrare i presupposti per la trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 5 TUSP. Tuttavia, i richiamati aspetti di integrazione e continuità, che, comunque, caratterizzano la fusione della società incorporante e delle incorporate, non possono condurre, nei riguardi dei soci delle incorporate, a soluzioni diverse da quelle esposte con riferimento ai soci della incorporante.

La fusione, infatti, comporta, quale esito finale, una *reductio ad unitatem* dei patrimoni delle singole società. Sul punto, le Sezioni unite della Cassazione hanno sottolineato che la fusione realizza una successione a titolo universale e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici in precedenza riguardanti i soggetti incorporati (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 21970/2021). Tale successione sul piano giuridico-formale è affiancata, sul piano economico-sostanziale, da una continuazione dell'originaria

40 Per esempio, Direttiva (Ue) n. 1132 del 2017, art. 105 "Effetti della fusione".

impresa e della sottostante organizzazione aziendale.

Pertanto, l'operazione nella prospettiva dei soci (anche delle incorporate), da un punto di vista sostanziale, si atteggia a continuazione del contratto sociale, sebbene l'attuazione prosegua in un "altro involucro formale" e con una differente organizzazione.

Sotto il profilo economico-finanziario, per i soci delle incorporate l'operazione di fusione avviene in condizioni di sostanziale neutralità, attraverso la definizione del rapporto di concambio, ossia della proporzione matematica fra la partecipazione del socio nella società incorporata e quella assegnata nella società incorporante (cfr. Cassazione civile, sez. I, 20 aprile 2020, n. 7920/2020; sez. I, 21 luglio 2016, n. 15025). La congruità del concambio è, peraltro, presidiata da una specifica valutazione rimessa a soggetti esperti che, ai sensi dell'art. 2501-sexies c.c., sono tenuti a predisporre una relazione che indichi il metodo di valutazione utilizzato e le eventuali difficoltà<sup>(41)</sup>.

In ragione di tali considerazioni, le Sezioni riunite in sede di controllo hanno escluso l'operazione di fusione per incorporazione, sia per gli enti soci dell'incorporante che per quelli dell'incorporata, dal campo di applicazione della rinnovata funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, in quanto tale vicenda non risulta equiparabile né alla costituzione di una società né all'acquisto di una nuova partecipazione in società già esistente<sup>(42)</sup>.

#### **7.4. Il "soccorso finanziario" a società in perdita protratta ex art. 14, comma 5, TUSP.**

L'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016, in coerenza con la normativa in materia di aiuti di Stato, vieta, salvo i casi di cui agli artt. 2447 e 2482-ter del Codice civile, operazioni di "soccorso finanziario", da parte delle PA socie, in favore delle società partecipate che abbiano registrato perdite per tre esercizi consecutivi ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

La ratio è di impedire che, attraverso aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito o il rilascio di garanzie in favore di società in perdita strutturale, venga meno l'effetto segregativo, proprio dell'autonomia finanziaria delle società di capitali, facendo refluire i debiti della società sul bilancio dell'ente socio. L'autonomia patrimoniale delle società, infatti, non è solo funzionale a garantire la par condicio creditorum (art. 2740 cod. civ.), evitando posizioni di ingiustificato privilegio a favore di alcuni di essi, ma rappresenta un presidio per la tutela delle risorse pubbliche, poiché preserva il bilancio dell'ente socio dal rischio di dover rispondere di un debito altrui.

Tale divieto non opera, tuttavia, in modo assoluto, contemplando la legge casi in cui è ammesso un intervento finanziario dell'ente pubblico socio anche in ipotesi di protratta crisi economica della partecipata. L'art. 14, comma 5, TUSP prevede, in primo luogo, la possibilità di ricapitalizzare le società pubbliche in perdita protratta ove ricorrano i presupposti degli articoli 2447 (per le s.p.a.) e 2482-ter (per le s.r.l.) cod. civ.

<sup>41</sup> Il principio di neutralità dell'operazione di fusione trova conferma anche in campo fiscale, laddove l'art. 172 del d.P.R. n. 917 del 1986 (TUIR) stabilisce che "Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata o fusa".

<sup>42</sup> Tale ricostruzione, tra l'altro, appare coerente con i presidi che il diritto societario già reca per il perfezionamento dell'operazione di fusione (artt. 2501-ter, e seguenti, cod. civ.) ed a cui fa rinvio l'art. 1, co 3, del d.lgs. n. 175 del 2016.

(riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale)<sup>(43)</sup>.

L'art. 14, comma 5, TUSP consente, inoltre, di soccorrere finanziariamente le società che abbiano registrato perdite negli ultimi tre esercizi in due ulteriori ipotesi: i) interventi autorizzati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su richiesta dell'amministrazione interessata e proposta del MEF, funzionali a salvaguardare la continuità nella prestazione dei servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza, l'ordine pubblico e la sanità (art. 14, comma 5, terzo periodo); ii) trasferimenti straordinari dell'ente pubblico socio, disposti 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 che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni (art. 14, comma 5, secondo periodo). In quest'ultimo caso, la norma, non modificata rispetto alla sua formulazione originaria, ha previsto la comunicazione alla Corte dei conti "con le modalità di cui all'articolo 5".

Il dubbio ermeneutico sottoposto a Sezioni riunite n. 19/2023/QMIG<sup>(44)</sup> attiene alla corretta interpretazione del rinvio contenuto nell'art. 14 comma 5, del TUSP all'art. 5 del medesimo Testo unico, in particolare al significato della locuzione "comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5", contenuto nella prima disposizione citata, alla luce della recente riscrittura dei commi 3 e 4 della seconda da parte della legge n. 118 del 2022.

In tal senso, l'art. 5, nella previgente formulazione, non prevedeva particolari "modalità" in ordine alla comunicazione delle delibere adottate dalle amministrazioni pubbliche (come definite dall'art. 2, comma 1, lett. a), del TUSP), limitandosi ad individuare la sezione della Corte dei conti competente, da effettuare secondo i criteri declinati dal comma 4 (rimasti immutati, ed a cui può farsi rinvio).

Quanto, invece, alle finalità della comunicazione, prima della novella del 2022, il comma 3 dell'art. 5 prevedeva l'invio alla Corte dei conti di un atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione societaria "a fini conoscitivi". Nulla precisava in ordine alla natura, ai parametri ed agli esiti del controllo rimesso al giudice contabile<sup>(45)</sup>.

43 Tale possibilità, come da lettura consolidata della giurisprudenza contabile, non è, tuttavia, priva di limiti. Infatti, il richiamato inciso "salvo quanto previsto dall'art. 2447 e 2482 ter" (già presente nel previgente art. 6, comma 19, del d.l. n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010) non costituisce un comportamento obbligato, ma consente al socio pubblico di valutare, nell'ambito della propria discrezionalità, se vi siano le condizioni per ricapitalizzare ovvero procedere allo scioglimento della società, dandone conto nel provvedimento deliberativo (in cui vanno esplicitate le ragioni per le quali risulta preferibile, per gli interessi pubblici, finanziare la ricapitalizzazione della società, piuttosto che prendere atto dell'erosione del capitale al di sotto del limite legale e, di conseguenza, dello scioglimento della società). Il rispetto del principio di c.d. "legalità finanziaria", anche nel caso di gestione delle situazioni di crisi finanziaria delle società partecipate, presuppone, pertanto, una prodromica valutazione della convenienza economica di un eventuale intervento di soccorso straordinario, della sua sostenibilità finanziaria, nonché dell'efficacia, efficienza ed economicità della scelta amministrativa, quali corollari del buon andamento ex art. 97 Cost. A tal fine, è stato sottolineato come sia indispensabile che la decisione dell'amministrazione socia sia supportata da un programma industriale (o piano economico-finanziario) idoneo ad assicurare, in prospettiva, l'equilibrio tra costi e ricavi almeno nel medio periodo (per esempio, Corte conti, SRC Lazio, delibera n. 1/2019/PAR).

44 Sollevato dalla Sezione regionale di controllo per la Campania con deliberazione n. 116/2022/QMIG.

45 Nel silenzio del legislatore, in conformità ai principi di legalità e tipicità dei poteri del giudice (desumibile dall'art. 101, comma secondo, Cost.), l'orientamento interpretativo è stato di ritenere che il richiamato obbligo di comunicazione sia strumentale all'esercizio degli altri poteri di controllo attribuiti dalla legge alla Corte dei conti. In primo luogo, quelli risultanti dal medesimo Testo unico delle società pubbliche, che, all'art. 20, impone di esaminare gli annuali piani di revisione periodica delle partecipazioni societarie; inoltre, quelli di c.d. legalità finanziaria su enti locali, enti del servizio sanitario nazionale e regioni (ex art. 1, commi 3, 4 e 7, del d.l. n. 174 del 2012 e art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000), di cui costituisce parametro l'incidenza della situazione economica delle società partecipate sui bilanci degli enti soci; ancora, la parifica del rendiconto dello Stato e delle regioni (artt. 39, 40 e 41 del r.d. n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012); infine, per gli enti locali, la verifica di adeguatezza dei controlli interni sulle società partecipate, ex artt. 147, 147-quater e 147-quinquies del d.lgs. n. 267 del 2000, produttore, in caso di omissione o inadeguatezza, anche una specifica ipotesi di responsabilità sanzionatoria).

In tale contesto, l'art. 14, comma 5, seconda parte, del TUSP prescriveva (e prescrive) alle amministrazioni di comunicare alla Corte dei conti (in virtù del richiamo alle “modalità” di cui alla previgente formulazione dell'art. 5 TUSP) eventuali “interventi straordinari” a favore di società in protratta perdita d'esercizio, consentendo alla sezione competente di effettuare, utilizzando i poteri di controllo attribuiti dall'ordinamento (nei termini, parametri ed esiti definiti dalla legge per ciascuno di essi), un esame dei rapporti economico-finanziari tra l'amministrazione socia e la società partecipata, nonché sulla necessità e legittimità di un intervento straordinario di soccorso finanziario.

La sopravvenuta modifica del comma 3 dell'art. 5 TUSP, ad opera della legge n. 118 del 2022, non accompagnata da una contestuale revisione dell'art. 14, comma 5, ha posto un problema di coordinamento interpretativo tra le due disposizioni, incentrato in particolare sul se la Corte dei conti debba svolgere il “nuovo” esame preliminare di cui all'art. 5, comma 3, TUSP anche sui provvedimenti di “soccorso finanziario” a favore di società in protratta perdita d'esercizio.

Nell'occasione, le Sezioni riunite (deliberazione n. 19/2023/QMIG) hanno ribadito che, sul piano letterale, l'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 enuncia, puntualmente, le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame preliminare della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la “costituzione di una società a partecipazione pubblica” e di “acquisto di partecipazioni, anche indirette” da parte di amministrazioni pubbliche<sup>(46)</sup>.

In assenza di un espresso intervento da parte del legislatore (che non ha novellato altre norme del Testo unico, che pure prevedono la trasmissione di atti alla Corte dei conti) è stata ritenuta preferibile un'interpretazione che limita la procedura di esame preliminare, introdotta dalla novella operata dalla legge n. 118 del 2022, alle sole ipotesi prese espressamente in considerazione dal legislatore<sup>(47)</sup>.

Appare opportuno evidenziare, altresì, come il rinvio operato dall'art. 14, comma 5, del TUSP non faccia riferimento espresso al comma 3 dell'art. 5 (che, nella formulazione antecedente alla novella operata con la legge n. 118 del 2022 prevedeva una comunicazione “a fini conoscitivi” e, attualmente, esplicita tempi, parametri ed esiti della verifica rimessa alla Corte dei conti), ma alle “modalità di cui all'articolo 5”, disposizione dal contenuto articolato, non attinente, integralmente, alla disciplina dei poteri di controllo da parte della Corte dei conti (i commi 1 e 2 impongono, infatti, obblighi motivazionali all'amministrazione pubblica procedente; i successivi 3 e 4 prescrivono, invece, un obbligo di invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alla Corte dei conti, individuando, per quest'ultima, le sezioni competenti).

Pertanto, in ragione dell'assenza di un espresso intervento da parte del legislatore sull'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016, né sulle altre norme del Testo unico

46 La tassatività degli atti deliberativi da sottoporre al vaglio preliminare della Corte dei conti ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP (che, peraltro, non determina l'effetto di sottrarre a controllo le altre operazioni intercorrenti fra socio e società) era già stata sottolineata, come visto, dalle Sezioni riunite nella delibera n. 19/2022/QMIG.

47 Anche nella relazione al disegno di “legge annuale per il mercato e concorrenza 2021” (sfociato poi nell'approvazione della legge n. 118 del 2022, che, all'art. 11, ha novellato l'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP), oggetto, fra l'altro, di specifica audizione da parte della Corte dei conti (Sezioni riunite, deliberazione n. 1/2022/AUD), è stato evidenziato come l'intervento normativo fosse teso a superare “l'esistenza di criticità in sede di controllo della Corte dei conti sugli atti di costituzione di società pubbliche o di acquisto di partecipazioni, soprattutto sotto il profilo della frammentazione degli esiti”, senza che possa desumersi una volontà di estensione ad altri momenti di verifica da parte della Corte dei conti, sia sugli atti adottati dagli enti soci (per es., art. 20) che delle società pubbliche (per es., ex artt. 11 e 19), già previsti dal medesimo TUSP. Di conseguenza, in sede di audizione (deliberazione n. 1/2022/AUD), le Sezioni riunite avevano condiviso l'obiettivo di precisare i parametri e gli esiti del controllo “nella fase di costituzione e/o di acquisizione della partecipazione” (con un esame preliminare che consente di intervenire, tempestivamente, su una scelta che può riflettersi, non sempre positivamente, sulla gestione dell'ente, prima della sua effettiva attuazione).



che, parimenti, prevedono l'invio di atti alla Corte dei conti<sup>(48)</sup>, le Sezioni riunite (n. 19/2023/QMIG) hanno ritenuto che la procedura di esame preliminare ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP, da effettuare nei termini ivi prescritti e che esita in un "parere", passibile di superamento da parte dell'amministrazione pubblica procedente, sia limitata, in aderenza alla lettera della legge e all'intenzione del legislatore (desumibile dalla relazione di accompagnamento alla novella normativa), ai soli atti di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni (anche ove effetto di sottoscrizione di aumenti di capitale da parte di PA non socia).

La Sezione remittente, nel prospettare, fra l'altro, la tesi che l'esame delle operazioni di soccorso finanziario vada effettuato, dalla Corte dei conti, alla luce del richiamo alle "modalità" di cui all'art. 5, nel testo risultante dalla novella apportata dalla legge n. 118 del 2022, seguendo la procedura, i parametri e gli esiti dei commi 3 e 4 del ridetto art. 5, ha valorizzato le intenzioni del legislatore del d.lgs. n. 175 del 2016, tese a razionalizzare l'impiego del modello societario da parte delle pubbliche amministrazioni, limitandone il ricorso ai casi in cui lo stesso non solo sia strettamente necessario, ma anche conveniente e finanziariamente sostenibile. Tali intenzioni, tuttavia, erano già presenti nella formulazione originaria del Testo unico, quale desumibile, oltre che dai principi esplicitati nell'art. 1, nelle disposizioni degli articoli 4, commi 1 e 2, 5, commi 1 e 2, 20 e 24, in un contesto normativo in cui l'invio di una delibera di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni (e, per effetto del rinvio presente nell'art. 14, comma 5, TUSP all'art. 5, di soccorso finanziario a società in protratta perdita d'esercizio) era previsto a "fini conoscitivi" (art. 5, comma 3, nell'originaria formulazione). In virtù della novella operata con la legge n. 118 del 2022 non vi è stato un mutamento degli obiettivi perseguiti dal legislatore con la disciplina delle società a partecipazione pubblica, ma solo un rafforzamento, attraverso un esame preliminare, del controllo della Corte dei conti sulle decisioni di costituzione o acquisto di partecipazioni societarie.

Inoltre, è stato prospettato che l'esame delle operazioni di trasferimento straordinario ex art. 14, comma 5, TUSP, mediante la procedura prescritta dal novellato art. 5, commi 3, e 4, sarebbe coerente con l'onere di motivazione "qualificata" gravante, in entrambi i casi sulla pubblica amministrazione<sup>(49)</sup>. Sotto tale profilo, le Sezioni riunite, nella deliberazione n. 16/2022/QMIG, hanno puntualizzato come vada distinto l'onere di motivazione analitica, imposto, alle amministrazioni che intendano costituire società o acquisire partecipazioni, dai commi 1 e 2 dell'art. 5 TUSP (che esisteva, nei medesimi termini, anche prima della novella operata dalla legge n. 118 del 2022), dalla procedura di esame preliminare da parte della Corte dei conti, e relativi parametri ed esiti, oggetto delle modifiche apportate ai commi 3 e 4 del medesimo art. 5 del TUSP. Pertanto, non appare possibile desumere, dalla presenza di un similare obbligo di motivazione, prescritto dalla legge alle PA socie, una medesima procedura di esame (in termini, parametri ed esiti) da parte della Corte dei conti.

E' stato evidenziato, inoltre, che il novellato art. 5, comma 3, del TUSP, nel precisare i parametri a cui deve conformarsi l'esame della Corte dei conti (e, indirettamente, l'operato dell'amministrazione), fa rinvio a norme dettate, specificatamente, per le operazioni di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni ("conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8"), disposizioni recanti regole di competenza, procedurali e di contenuto

48 Per esempio, art. 20, per i piani di revisione periodica delle partecipazioni e le relazioni sui risultati conseguiti; art. 4, comma 9, per eventuali provvedimenti di presidenti di regione tesi a escludere società regionali dal vincolo di stretta ineranza alla missione istituzionale dell'ente socio; art. 11, comma 3, per le delibere delle società a controllo pubblico di opzione per l'organo di amministrazione collegiale.

49 Con parametri, invero, esplicitati dalla norma in caso di costituzione/acquisizione; elaborati dalla giurisprudenza per le ipotesi di soccorso finanziario.

motivazionale che l'ente pubblico socio che intenda autorizzare un'operazione di soccorso finanziario straordinario dovrebbe osservare, ma che risultano non coerenti con la ridetta operazione (può farsi rinvio, per esempio, all'obbligo di indicare gli elementi essenziali dell'atto costitutivo), salvo, in ipotesi di ritenuta applicazione, in caso di inosservanza, produrre sanzioni, anche di tipo civilistico (cfr. art. 7, comma 6, e 8, comma 2, TUSP).

Il legislatore, invece, non estende le ridette regole di competenza, procedurali e motivazionali agli interventi di "soccorso finanziario", a differenza delle operazioni elencate nell'art. 7, comma 7, e 8, comma 2, TUSP, fra cui quelle di sottoscrizione di aumento di capitale sociale solo ove comportino, tuttavia, l'acquisto della qualità di socio (discrimine utilizzato dalla deliberazione delle Sezioni riunite n. 19/2022/QMIG al fine di delimitare l'ambito di applicazione oggettivo della procedura ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP).

Sotto altro profilo, nella citata deliberazione n. 19/2022/QMIG, le Sezioni riunite avevano sottolineato i problemi di coordinamento che pone la valutazione preliminare, secondo la procedura disciplinata dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, delle operazioni di aumento di capitale, proprio rispetto alle regole in materia di crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica, oggetto di considerazione nell'art. 14 del TUSP. Nello specifico, era stato evidenziato come, nella situazione patologica della società in perdita per almeno tre esercizi, la sottoscrizione di un aumento di capitale costituisca uno dei provvedimenti di sostegno straordinario, di regola non autorizzabile. Tuttavia, al ricorrere delle esigenze indicate dal terzo periodo del comma 5 dell'art. 14 TUSP, siffatto intervento, in via derogatoria, può essere autorizzato, 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. L'art. 14, comma 5, secondo periodo, TUSP, a sua volta, consente trasferimenti straordinari a società in perdita protratta previa presentazione di 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. Nel primo caso, la sottoposizione dell'atto autorizzativo al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 20 del 1994, è apparsa non conciliabile con un eventuale parallelo esame ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP; nel secondo, la misura di sostegno si iscrive in un piano di risanamento per il quale l'art. 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 continua a prevedere la mera comunicazione alla Corte dei conti, da effettuarsi nel rispetto del riparto di competenze fissato dal comma 4 dell'art. 5.

Inoltre, le operazioni di aumento del capitale sociale, quando sottoscritte dall'ente socio sono oggetto di valutazione, da parte della Corte dei conti, in ragione di varie disposizioni normative. In disparte quanto scritto in successivo paragrafo, per gli enti locali, che costituiscono la platea di amministrazioni pubbliche detenente il maggior numero di partecipazioni societarie, la "ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali" costituisce una delle operazioni che impongono l'adozione di delibere di riconoscimento di debito fuori bilancio (art. 194, comma 1, lett. c), TUEL; cfr., altresì, l'art. 73, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 118 del 2011, per le regioni).

Queste ultime, oltre ad essere oggetto di periodico esame da parte delle competenti sezioni regionali in sede di controllo sulla sana gestione finanziaria degli enti territoriali, anche ai fini della verifica dell'osservanza delle regole, di matrice costituzionale (art. 119, comma sesto), di corretta finalizzazione del debito ad investimenti (cfr. art. 3, co 16 e seguenti, legge n. 350 del 2003), devono essere inviate alla competente procura della Corte dei conti (art. 23, comma 5, legge n. 289 del 2002).

La precisazione da ultimo effettuata porrebbe, altresì, in caso di ritenuta estensione della procedura di esame, ex art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs n. 175 del 2016, alle operazioni straordinarie di soccorso finanziario a società in protratta perdita d'esercizio, ex art. 14, comma 5, del medesimo TUSP, anche un problema di coordinamento fra le competenze attribuite alle sezioni di controllo della Corte dei conti e quelle di procura e sezioni giurisdizionali.

Anche se l'ordinamento conosce ipotesi in cui alcuni atti o decisioni possono essere sottoposti alla valutazione, potenzialmente contestuale, delle sezioni regionali di controllo e delle procure della Corte dei conti (ed, eventualmente, in seguito, delle sezioni giurisdizionali)<sup>50</sup>, si ritiene che ciò possa, e debba, avvenire in presenza di una espressa previsione normativa, alla luce degli effetti che una preliminare pronuncia da parte della sezione di controllo produce sui giudizi di responsabilità amministrativa. L'art. 69, comma 2, del Codice di giustizia contabile, approvato con il d.lgs n. 174 del 2016, prevede, come noto, che il pubblico ministero disponga l'archiviazione, per assenza di colpa grave, ove valuti che l'azione amministrativa "si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi". Medesimo vincolo è imposto al giudice, che, in virtù del successivo art. 95, comma 4, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità, deve considerare, "ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi".

L'effetto esimente conseguente alla conformazione della condotta amministrativa al "parere" reso dalla Corte dei conti non può che prodursi ove siano rispettati i "presupposti generali per il rilascio dei medesimi", fra cui quello dell'avvio della procedura di esame, da parte delle sezioni di controllo, in aderenza all'ambito di cognizione attribuito dal legislatore. In caso contrario, potrebbe prodursi il rischio di valutazioni difformi fra sezioni di controllo e procure/sezioni giurisdizionali della medesima Corte dei conti, non oggetto di specifica regolamentazione normativa.

Al fine di prevenire i ridetti rischi, anche in sede di esercizio della generale funzione consultiva da parte delle sezioni regionali di controllo, avente fonte nell'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003 (riguardante le materie di "contabilità pubblica"), le pronunce nomofilattiche della Sezione delle autonomie (di recente, solo per citarne alcune, n. 2/2023/QMIG, n. 9/2022/QMIG e n. 5/2022/QMIG) hanno costantemente ritenuto non ammissibile un'istanza di parere che possa ingenerare interferenze con l'esercizio di altre funzioni di controllo e giurisdizionali da parte della Corte dei conti, in particolare sui giudizi di responsabilità amministrativa.

Pertanto, anche alla luce dell'esigenza di evitare, per quanto possibile, rischi di impropria interferenza fra le differenti funzioni attribuite dall'ordinamento alla Corte dei conti, la procedura di esame preliminare ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP, che esita in un "parere" della sezione di controllo, non può essere estesa, a livello interpretativo, a fattispecie non considerate espressamente dal legislatore (quali quelle di soccorso finanziario ex art. 14, comma 5, del TUSP).

50 Può farsi rinvio, per esempio, all'art. 148 del d.lgs. n. 267 del 2000, in materia di verifica sui controlli interni degli enti locali o allo stesso art. 20, comma 7, del d.lgs. n. 175 del 2016, che sanziona, con una specifica ipotesi di responsabilità amministrativa l'omessa redazione dei piani di revisione periodica da parte degli enti locali (legittimando, pertanto, l'avvio delle attività requirenti della Procura anche senza l'attivazione da parte della sezione di controllo competente o la ricezione di una specifica e concreta notizia di danno, cfr. art. 51 d.lgs. n. 174 del 2016).

## 7.5 Le società quotate.

La determinazione della Sezione controllo sugli enti n. 77/2023 ha ritenuto che la procedura di esame preliminare da parte della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, non riguardi le partecipazioni in società quotate in mercati regolamentati.

In sede di valutazione dei piani di revisione straordinaria e periodica (artt. 20 e 24 TUSP), invece, l'orientamento della magistratura contabile<sup>(51)</sup> è stato, univocamente, nel senso di ritenere comprese nell'ambito oggettivo della ricognizione anche le società quotate<sup>(52)</sup>.

In queste occasioni le sezioni della Corte dei conti hanno evidenziato come l'art. 1, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016, nell'affermare che le disposizioni del decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, si riferiscono alle norme che hanno come dirette destinatarie le medesime società (come, per esempio, quelle dettate dagli artt. 11 e 19, in materia di amministratori e dipendenti), non invece a quelle che hanno come destinatarie le amministrazioni socie, quali quelle che impongono l'approvazione dei piani di revisione (o anche, oggi, il parere della Corte prima della stipula dell'atto negoziale di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP).

L'art. 8, comma 3, del TUSP puntualizza espressamente, peraltro, che le disposizioni del medesimo articolo (dettato, anche mediante richiamo al precedente art. 7, commi 1 e 2, in tema di procedure e contenuto motivazione del provvedimento di acquisizione di partecipazioni societarie) si applicano anche all'acquisto, da parte di pubbliche amministrazioni, di partecipazioni in "società quotate", "unicamente nei casi in cui l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio". Pertanto, il legislatore, in punto di procedura da osservare e motivazione dell'atto, sottopone l'acquisto di partecipazioni in società quotate da parte di amministrazioni pubbliche alle medesime regole dettate, in generale, per le altre società, purché, precisa la norma, "l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio".

Si tratta di formulazione analoga a quella contenuta, nella medesima disposizione, per le fattispecie di aumento del capitale sociale, da deliberare secondo le regole dettate dal citato articolo 7, commi 1 e 2 (che, a sua volta, richiama i commi 1 e 2 del precedente art. 5) ove comportino l'acquisto della qualità di socio. In proposito, come riportato già in precedente paragrafo, nello scrutinare il rapporto fra l'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP (che impongono l'esame preliminare della Corte dei conti per gli atti di costituzione e acquisto di partecipazioni pubbliche) e gli articoli 7 e 8 (che dettano regole in punto di competenza, procedura e oneri motivazionali dei medesimi atti), le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 19/2022/QMIG) hanno affermato che il controllo della magistratura contabile, in caso di operazioni di aumento del capitale sociale (normato dall'art. 8 con presupposti analoghi a quelli previsti per le società quotate), è limitato ai casi in cui comporta l'acquisto della qualità di socio, con conclusioni che, alla luce del (analogo) tenore letterale dell'art. 8, co 3 (e del comma 3 dell'art. 5), possono estendersi anche all'acquisizione di partecipazioni in società quotate.

Opinando diversamente, il legislatore legittimerebbe, in ragione della quotazione in mercati regolamentati, la detenzione di società non inerenti alla missione istituzionale delle amministrazioni socie (art. 4) o l'acquisizione o costituzione senza previo provvedimento di autorizzazione dell'organo competente debitamente motivato

<sup>51</sup>Cfr., Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 19/2020/REF (paragrafo 1.3); Sezione delle autonomie, deliberazioni n. 19/2017/INPR, n. 22/2018/INPR, n. 23/2018/FRG e n. 29/2019/FRG; nonché, per esempio, per quanto concerne le sezioni regionali di controllo, Lombardia, deliberazioni n. 198/2018/FRG e n. 3/2019/VSG.

<sup>52</sup> Definite, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Testo unico delle società pubbliche, come "6" (art. 2, comma 1, lett. p), del d.lgs. n. 175 del 2016).

(artt. 5 e 7), etc. Anche l'art. 18 del d.lgs. n. 175 del 2016, nel consentire alle società controllate da una o più amministrazioni di quotare azioni (o altri strumenti finanziari) in mercati regolamentati, richiede la previa adozione, da parte del competente organo dell'ente socio (art. 7 TUSP), di una deliberazione conforme ai requisiti richiesti dall'art. 5, comma 1 (provvedimento analiticamente motivato)<sup>(53)</sup>.

Il legislatore, pertanto, non legittima, tout court, la partecipazione di un ente pubblico in una società quotata, ma ne subordina la possibilità al rispetto di un predeterminato procedimento (che, per inciso, costituisce uno dei parametri in base ai quali valutare l'adozione di azioni di razionalizzazione)<sup>(54)</sup>.

Si tratta di distinzione, peraltro, fatta propria anche dalla magistratura amministrativa. Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 3880/2023 (all'esito di un giudizio avviato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, facendo uso dei poteri attribuiti proprio dall'art. 5, comma 3, del TUSP, che ha richiamato a tal fine, l'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990) ha ribadito che l'art. 1, comma 5, del TUSP si riferisce a quelle disposizioni che abbiano come destinatario diretto le società<sup>(55)</sup>, e non già le amministrazioni pubbliche. L'art. 4, oggetto del contendere in quella sede, come l'art. 5, sono, invece, norme che hanno come destinatari le amministrazioni pubbliche. Pertanto, precisa la pronuncia, il fatto che una partecipazione societaria si riferisca ad una "società quotata" non può consentire alle stesse amministrazioni pubbliche di eludere i limiti imposti (nel caso oggetto del giudizio) in tema di stretta inerenza alla missione istituzionale dell'ente socio, acquisendo partecipazioni in società attive in settori non funzionali al perseguimento delle finalità delle amministrazioni pubbliche<sup>(56)</sup>.

## 7.6 I consorzi.

Per chiudere la problematica del perimetro applicativo dell'art. 5, commi 3 e 5, TUSP, occorre far cenno alla sottoposizione alla procedura preliminare di esame, da parte della Corte dei conti, dei consorzi. In proposito, le pronunce della magistratura contabile hanno avuto modo di soffermarsi sulla distinzione tra il "contratto di consorzio" (art. 2602 c.c.) e le "società consortili" (ex art. 2615-ter) per precisare che solo queste ultime, in ossequio a quanto previsto dall'art. 2, c. 1, lett. l), del d.lgs. n. 175 del 2016<sup>(57)</sup> (in combinato disposto con l'art. 3<sup>(58)</sup>) sono soggette alle disposizioni del

53 Argomento a supporto si rinviene anche nella formulazione dell'art. 26, comma 3, TUSP, che ha permesso alle amministrazioni di mantenere solo le partecipazioni in società quotate già detenute al 31 dicembre 2015.

54 Quanto esposto trova conforto interpretativo anche nella citata deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 19/2017/INPR, che, oltre a chiarire che il testo unico "contiene norme che, di volta in volta, vedono come soggetto attuatore/destinatario la pubblica amministrazione oppure la società", al paragrafo 2.2 precisa che "sono rilevanti ai fini del Testo unico e, quindi, della ricognizione delle partecipazioni ai sensi dell'art. 24, d.lgs. n. 175/2016, le società indirette ("quotate" e non) che hanno per tramite una società/organismo a controllo pubblico" (affermazione confermata nel successivo paragrafo 3, in cui viene ribadito che "la legge usa l'avverbio "tutte" per indicare anche quelle di minima entità e finanche le partecipazioni in società "quotate").

55 Per es., l'art. 6 (Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico), l'art. 11 (Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico), l'art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate), l'art. 13 (controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico), l'art. 14 (crisi di impresa di società a partecipazione pubblica), etc.

56 L'opzione interpretativa esposta comporta, quale conseguenza, la rilevanza, ai fini della revisione, anche delle società detenute indirettamente per il tramite di una società, anche quotata, controllata dall'amministrazione pubblica (mentre non rileva la detenzione indiretta tramite una meramente partecipata). L'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 175 del 2016 precisa, infatti, che, ai fini del testo unico, sono considerate "partecipazione indirette" (solo) quelle detenute da una PA "per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica".

57 La disposizione definisce come "società", ai fini del decreto, "gli organismi di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile, anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'articolo 2615-ter".

58 In base al quale "le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa".

testo unico, in particolare, per quanto interessa in questa sede, alla procedura di esame preventivo prescritta dai commi 3 e 4 dell'art. 5. Di conseguenza, è stato dichiarato il non luogo a provvedere ove le amministrazioni pubbliche interessate abbiano inviato l'atto di costituzione o di acquisizione di un mero consorzio<sup>59</sup>), mentre è stata riconosciuta la competenza a pronunciarsi in caso di società consortili, per azioni o a responsabilità limitata<sup>60</sup>).

Le società consortili, infatti, diversamente dai consorzi, anche aventi rilevanza esterna, soggiacciono alle regole civilistiche del modello societario prescelto (ad esempio, s.r.l. o s.p.a.), sia con riferimento agli organi sociali che alla responsabilità nei confronti di soggetti terzi (con conseguente assoggettabilità alle procedure concorsuali in caso d'insolvenza)<sup>61</sup>).

### **7.7 I controlli della Corte dei conti sulle operazioni societarie non soggette all'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP.**

Come sottolineato nelle deliberazioni delle Sezioni riunite n. 16 e 19/2022/QMIG, nonché n. 19/2023/QMIG, la tassatività degli atti deliberativi da sottoporre al vaglio preliminare della Corte dei conti non determina l'effetto di sottrarre a controllo le operazioni societarie straordinarie.

Sul punto, si richiama, in primis, la verifica, ex art. 20 del TUSP, "Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche", nella cui sede la competente Sezione di controllo viene, comunque, chiamata a prendere in esame, ai fini del legittimo mantenimento delle partecipazioni, non solo gli esiti delle operazioni, ordinarie e straordinarie, che hanno interessato, durante l'anno, le società partecipate, ma anche la loro eventuale programmazione.

Da un lato, infatti, i parametri di "convenienza economica" e "sostenibilità finanziaria", che, in aderenza ai principi affermati dall'art. 1, comma 2, del TUSP (in particolare, sotto il profilo della "efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche" e della "razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica"), devono presidiare le decisioni di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie ai sensi dell'art. 5 del TUSP, devono essere valutati anche in occasione degli annuali piani di revisione periodica ai fini del mantenimento delle partecipazioni (come da requisiti elencati nell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016).

Dall'altro, alcune operazioni in esame (in particolare, la trasformazione e la fusione), possono costituire, sempre alla luce dei parametri elencati nell'art. 20, comma 2, TUSP, l'esito dei piani di revisione e, come tali, programmare l'avvio delle deliberate azioni di razionalizzazione ("razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione"), che la competente Sezione della Corte dei conti è chiamata a valutare anche nell'esercizio di tale funzione, sia al momento dell'adozione del "piano di riassetto" che di "relazione...sui risultati conseguiti" (cfr. art. 20, commi 1, 3 e 4, del Testo unico).

Le medesime operazioni possono assumere rilievo, per i riflessi finanziari sui bilanci degli enti territoriali partecipanti, nel quadro dei controlli di c.d. "legalità finanziaria" (per tutte, Corte costituzionale, sentenza n. 60/2013), esercitati dalla Corte dei conti

<sup>59</sup> Cfr., per esempio, le citate delibere della Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 139-146/2022/PASP.

<sup>60</sup> Solo per fare alcuni esempi, può farsi rinvio alle delibere delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 22, 23, 35/2022/PASP e n. 4, 5 e 14/2023/PASP.

<sup>61</sup> Nel caso preso in esame da SRC Lombardia, deliberazione n. 157/2022/PAR dall'esame dello statuto, allegato alla delibera, non si evinceva la natura di "società consortile" ex art. 2615-ter cod. civ. Inoltre, anche se nell'instestazione dello statuto, accanto alla denominazione del consorzio, era stato indicato l'acronimo s.c.r.l., l'esame delle singole norme statutarie (in particolare, la disciplina della responsabilità civile del consorzio verso terzi e la dotazione di un fondo consortile, anziché di un capitale sociale) hanno indotto la Sezione regionale a escludere la natura societaria del consorzio.



sugli enti locali, sugli enti del servizio sanitario nazionale e sulle regioni (art. 1, commi 3, 4 e 7, del d.l. n. 174 del 2012 e art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000). In quella sede, infatti, le Sezioni regionali di controllo devono verificare, fra gli altri, che i rendiconti “tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività locale e di servizi strumentali all’ente” (cfr. art. 148-bis, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000; analoga la formulazione dell’art. 1, comma 4, del d.l. n. 174 del 2012).

Analogamente, le medesime operazioni possono essere valutate, sia per le società detenute dallo Stato che dalle regioni, in occasione dei giudizi di parificazione dei rendiconti consuntivi (artt. 39, 40 e 41 del r.d. n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012)<sup>62</sup>.

Inoltre, le operazioni di aumento del capitale sociale, anche quando sottoscritte dall’ente socio, sono oggetto di valutazione da parte della Corte dei conti in ragione di varie disposizioni normative. In particolare, per gli enti locali, che costituiscono la platea di amministrazioni pubbliche detenente il maggior numero di partecipazioni societarie, la “ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l’esercizio di servizi pubblici locali” costituisce una delle operazioni legittimanti l’adozione di delibere di riconoscimento di debito fuori bilancio (art. 194, comma 1, lett. c), del TUEL; cfr., altresì, l’art. 73, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 118 del 2011, per le regioni). Queste ultime, oltre ad essere oggetto di periodico esame da parte delle competenti Sezioni regionali di controllo in sede di controlli sulla sana gestione finanziaria, anche ai fini della verifica dell’osservanza delle regole, di matrice costituzionale (art. 119, comma sesto), di corretta finalizzazione del debito ad investimenti (cfr. art. 3, comma 19, legge n. 350 del 2003), devono essere inviate alla competente Procura della Corte dei conti (come prescritto dall’art. 23, comma 5, legge n. 289 del 2002).

Infine, costituendo la sottoscrizione di un aumento di capitale una delle modalità attraverso la quale una o più amministrazioni pubbliche possono sostenere, finanziariamente e patrimonialmente, una società partecipata (cfr. art. 14, commi 4 e 5, del TUSP), tale operazione, anche quanto vede parte attiva un ente che è già socio, costituisce oggetto di esame da parte della competente Sezione della Corte dei conti, non solo in virtù dello specifico obbligo di comunicazione prescritto dall’art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016 (limitato ai piani di risanamento di società in perdita da almeno tre esercizi), ma anche delle altre disposizioni dettate sia dal Testo unico che da altri plessi normativi (può farsi rinvio, per l’impatto che hanno sulla materia in questione, oltre a quelle già richiamate in precedenza, all’art. 21 del d.lgs. n. 175 del 2016, che disciplina i presupposti per la costituzione e liberazione degli accantonamenti a fondo perdite società partecipate, nonché agli artt. 147, commi 2, lett. c) e d), 147-quater e 147-quinquies del TUEL, che finalizza, fra l’altro, il sistema dei controlli interni degli enti locali alla “valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell’ente in relazione all’andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni”).

In questi contesti, peraltro, la rilevazione di eventuali irregolarità nelle operazioni societarie deliberate dall’amministrazione, ove integranti potenziali fattispecie di danno erariale, devono essere oggetto di segnalazione alla competente Procura della Corte dei conti, ex art. 52 del d.lgs. n. 174 del 2016 (Codice della giustizia contabile).

62 Solo per fare due esempi, può farsi rinvio alla delibera della Sezione regionale di controllo per la Liguria n. 64/2020/PARI, che ha condotto alla richiesta di un parere alla Commissione europea circa l’integrazione di un’ipotesi di non legittimo aiuto di Stato (poi valutato nella successiva delibera n. 77/2021) o all’ordinanza n. 170/2019 della Sezione regionale di controllo per l’Abruzzo, che ha dato poi luogo alla sentenza della Corte costituzionale n. 181/2020.