

I CONTROLLI SULLE SOCIETÀ PUBBLICHE DOPO LA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA 2021. IL PARTICOLARE DELLA RIFORMA NELL'UNIVERSALE DEL SISTEMA.

Andrea Giordano

Magistrato della Corte dei conti, Professore incaricato di "Law and Economics" nell'Università La Sapienza

Sintesi. La «Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021» ha rivisitato la funzione di controllo della magistratura contabile rispetto alla costituzione delle società a partecipazione pubblica o all'acquisizione di partecipazioni sociali da parte di soggetti pubblici. Se il particolare della riforma si coniughi con l'universale del sistema è l'interrogativo che muove il presente saggio, che fa dialogare la novella con il principio di concorrenza e con gli altri canoni che presiedono al sistema dei controlli della magistratura contabile nel vigente ordinamento.

Abstract. *The «Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021» has revisited the auditing function of the Court of Auditors with respect to the setting up of public companies and to the purchase of shares by public bodies. Whether the reform is combined with the system as a whole is the question underlying this essay, which makes the new rules dialogue with the principle of competition and with the other principles governing the auditing system.*

SOMMARIO: 1. Sistema dei controlli e principio di concorrenza: il caso delle società pubbliche. - 2. I modelli di controllo. - 3. Verso un rinnovato assetto dei controlli.

1. – Sistema dei controlli e principio di concorrenza: il caso delle società pubbliche.

Il principio di concorrenza orienta il sistema dei controlli.

A dimostrarlo è la recente «Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021»¹, che, nel «promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche al fine di [...] migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici»², rivisita la funzione di controllo della

1 L. 5 agosto 2022, n. 118. Sul principio di concorrenza v., da ultimi, A. CATRICALÀ - C. E. CAZZATO - F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 3 e, per la sua disamina nell'ottica dell'analisi economica del diritto, v. F. PARISI, *The language of Law and Economics. A dictionary*, Cambridge, 2013, 218; E. D'AGOSTINO - G. SOBBRIO, *Introduzione all'analisi economica del diritto*, Torino, 2020, 23.

2 Art. 1 l. n. 118/2022. Ciò è stato evidenziato anche da C. conti, Sez. Riunite in sede di controllo, *Memoria sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza*, febbraio 2022, 5: «La resistenza degli enti locali ad affidare servizi tramite gare aperte è risultata in questi anni persistente, come emerge dalle considerazioni e dai dati contenuti nel focus sugli affidamenti in house a livello territoriale. Il recupero di adeguati livelli di produttività è oggi indispensabile per superare i bassi tassi di crescita registrati rispetto ad altri paesi, obiettivo

magistratura contabile rispetto alla costituzione delle società a partecipazione pubblica o all'acquisizione di partecipazioni sociali da parte di soggetti pubblici.

L'ecosistema della novella, che incide su affidamento e gestione dei servizi pubblici³, consente di toccare con mano la pregnanza di una rivisitazione dei controlli in armonia con i parametri di buona amministrazione⁴.

Come si legge nell'art. 8, la scelta tra le modalità di affidamento⁵ deve sempre guardare alla «efficiente gestione del servizio»⁶, al miglior modo di pienamente perseguire gli «obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi».

Pure emerge dal disposto che la scelta o la conferma dell'autoproduzione deve essere sorretta da una «motivazione qualificata», che dia conto delle ragioni (economiche e sociali) sottese all'adozione del paradigma e approdi a conclusioni alla luce dei «risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione»⁷.

In analogo reticolato di principi si colloca la gestione dei servizi pubblici, che, secondo la novella, deve rispettare i principi dell'ordinamento dell'Unione europea insieme a quelli di proporzionalità e ragionevolezza⁸.

Tale è l'ambientazione in cui trovano spazio rimodulazioni dei controlli affidati alla Corte dei conti.

L'art. 8 lettera h) della legge di riforma fissa, quale principio e criterio direttivo, quello di prevedere «sistemi di monitoraggio dei costi» che consentano il mantenimento degli equilibri di finanza pubblica e promuovano la qualità,

che, nei servizi pubblici, dipende fortemente da un aumento della pressione concorrenziale, a cui punta l'insieme delle misure proposte»

3 Su cui, ad es., H. BONURA - M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011.

4 La valenza strumentale dei controlli rispetto al principio concorrenziale trova, del resto, dimostrazione nei recenti *dicta* della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti. La centralità del principio concorrenziale è stata, infatti, sottolineata dalla deliberazione n. 14/SEZAUT/2021/FRG, svolta su alcuni servizi comunali, ove si è rilevato come la mancanza di una effettiva concorrenzialità possa condurre a livelli di costi e di efficienza sperequati nel territorio. Così, la concorrenza è stata, insieme al principio di gestione efficiente, promossa dalla deliberazione n. n. 15/SEZAUT/2021/FRG, che ha, tra l'altro, stigmatizzato, nel contesto di un'ampia analisi delle partecipazioni locali e regionali, la presenza di perdite reiterate. Quanto, poi, l'efficiente gestione del servizio pubblico dipenda dalla garanzia della sua continuità (e universalità) è stato evidenziato dalla deliberazione n. 18/SEZAUT/2020/INPR; proprio nell'ottica di una piena valorizzazione della continuità aziendale, la Sezione delle Autonomie ha dettato linee di indirizzo per lo svolgimento dei controlli interni durante la fase pandemica, invitando a valutare l'opportunità di interventi adeguativi sui contratti di servizio o l'adozione di misure di sostegno dell'operatività aziendale.

5 Che – come è noto – spaziano dal paradigma della pubblica gara, imperniato sull'esternalizzazione delle prestazioni o dei servizi giusta affidamento degli stessi ai soggetti aggiudicatari al modello della produzione interamente in proprio da parte della stessa Amministrazione (anche mediante affidamento diretto e senza gara a strutture societarie legate all'ente pubblico in modo tanto intenso da indurre a ritenere che si tratti di proiezioni organizzative dello stesso) sino ancora a quello del partenariato pubblico-privato (con l'affidamento diretto a società a capitale misto).

6 Art. 8 lettera g).

7 In termini, ancora l'art. 8 lettera g).

8 Art. 8 lettera f).

l'efficienza e l'efficacia della gestione dei servizi pubblici; la lettera i) dello stesso disposto evidenzia che la razionalizzazione periodica deve tenere conto anche delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell'autoproduzione anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione⁹.

In tale contesto, l'art. 11 prevede l'invio delle delibere di costituzione di società alla Corte dei conti, cui spetta di deliberare (entro sessanta giorni) sulla conformità dell'atto rispetto a quanto disposto dagli articoli 4, 5 commi 1 e 2, 7 e 8 d.lgs. n. 175/2016¹⁰, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità

9 Sempre quanto all'art. 20 T.U.S.P., va segnalata la modifica apportata dalla riforma alla disciplina della cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese delle società a controllo pubblico; mentre il testo antecedente correlava la cancellazione all'omesso deposito del bilancio di esercizio o al mancato compimento di atti di gestione per un triennio, il nuovo dettato fa oggi riferimento al termine di due anni («Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il conservatore del registro delle imprese cancella d'ufficio dal registro delle imprese, con gli effetti previsti dall'articolo 2495 del codice civile, le società a controllo pubblico che, per oltre due anni consecutivi, non abbiano depositato il bilancio d'esercizio ovvero non abbiano compiuto atti di gestione. Prima di procedere alla cancellazione, il conservatore comunica l'avvio del procedimento agli amministratori o ai liquidatori, che possono, entro 60 giorni, presentare formale e motivata domanda di prosecuzione dell'attività, corredata dell'atto deliberativo delle amministrazioni pubbliche socie, adottata nelle forme e con i contenuti previsti dall'articolo 5. In caso di regolare presentazione della domanda, non si dà seguito al procedimento di cancellazione. Unioncamere presenta, entro due anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, alla struttura di cui all'articolo 15, una dettagliata relazione sullo stato di attuazione della presente norma»).

10 D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (di seguito anche T.U.S.P. o Testo Unico), su cui v., in particolare, F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ - R. CANTONE (a cura di), *Le Società Pubbliche*, Napoli, 2020; R. GAROFOLI - A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2018; L. DELBONO, *Commento al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, in R. GAROFOLI (a cura di), *Codice amministrativo ragionato*, Roma, 2018, 1512-1564; F. AULETTA (opera diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017; M. LACCHINI - A. MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, Torino, 2017; M. C. LENOCI - D. GALLI - D. GENTILE (a cura di), *Le società partecipate dopo il correttivo 2017*, Roma, 2017; W. GIULIETTI, *Le partecipazioni pubbliche societarie tra razionale e reale alla luce del nuovo Testo Unico n. 175 del 2016 e del suo correttivo. Il caso delle partecipazioni universitarie*, in *Giustamm*, 2017; A. GIORDANO, *Le società in house tra Codice dei contratti pubblici e Testo Unico sulle società partecipate*, in ID. (a cura di), *I nuovi contratti pubblici dopo il Decreto Correttivo*, Roma, 2017, 149; F. ZAMMARTINO, *Osservazioni in materia di società a partecipazione pubblica dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, in *Giustamm*, 2017; A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb e app.*, n. 1/2017, 7 ss.; ID., *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, 189; G. MEO - A. NUZZO (a cura di), *Commentario al Testo Unico*, Bari, 2016; A. ZITO, *Il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica: per un primo inquadramento sistematico delle novità più rilevanti*, in *Giustamm*, 2016; H. BONURA - G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica – Il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2016, 722 ss. In generale, sulle società pubbliche, si vedano, *ex plurimis*, anche per la bibliografia ivi citata: I. GENUESSI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti*, Torino, 2020; G. M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016; F. CINTIOLI, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in *Giustamm*, 2014; W. GIULIETTI, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in *Giustamm*, 2014; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012; M. G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; C. IBBA - M. C. MALAGUTI - A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino,

della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Se il *trend* promosso dalla legge trovi freni, o rinnovato slancio, nella coeva modifica del Testo Unico lo si deve dire all'esito della disamina dei possibili paradigmi di controllo.

2. – I modelli di controllo.

Il quadro dei principi che ispirano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici consente di toccare con mano l'importanza di un adeguato sistema di *auditing*.

L'anima pubblicistica delle società a partecipazione pubblica rende doverosi i controlli ispirati al principio di buona amministrazione; controlli che consentono di apprezzare le scelte concretamente adottate in punto di affidamento e gestione dei servizi pubblici.

Dai controlli finanziari, a quelli sulla gestione, sino a quelli in funzione di referto alle assemblee legislative, dai controlli sugli atti a quelli sull'attività (anche in corso di esercizio), dai controlli statali a quelli periferici¹¹, la Corte dei conti veglia sull'osservanza degli equilibri economico-finanziari, sulla ritualità delle modalità di affidamento e sulla qualità della gestione dei servizi pubblici.

Il *télos* dei controlli è delineato dalla stessa normativa vincolistica che, in nome dell'interesse pubblico, fissa la griglia dei limiti e delle possibilità.

Si pensi, in particolare, al c.d. vincolo di scopo pubblico, che vieta agli enti pubblici di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie attività istituzionali (art. 4 comma 1 T.U.S.P.); al c.d. vincolo di attività, che consente la costituzione di società a condizione che l'oggetto sociale rientri nella tassonomia di cui all'art. 4 comma 2 del Testo Unico¹²; all'onere di motivazione analitica delle

2009; F. G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2005, 239; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.

11 Si pensi all'importanza che ha assunto, rispetto all'ambito dei servizi pubblici, la funzione consultiva disegnata dall'art. 7 comma 8 l. 5 giugno 2003, n. 131 (che, come si dirà *infra* nel testo, prevede la possibilità per le regioni, i comuni, le province e le città metropolitane di rivolgere pareri, in materia di contabilità pubblica, alle Sezioni regionali di controllo). V., a titolo di esempio, C. conti, Sez. controllo Veneto, 29 gennaio 2021, n. 18/2021/PAR, in tema di soccorso finanziario.

12 In tema, da ultima, Corte cost., 28 luglio 2022, n. 201: «L'art. 4, commi 1 e 2, TUSP, ritenuto da questa Corte non solo attinente alla materia "ordinamento civile", ma anche portatore di "profili di coordinamento finanziario e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione" (sentenza n. 86 del 2022), ha stabilito specifici vincoli ai quali le amministrazioni pubbliche devono attenersi. Ciò in quanto il fenomeno delle società a partecipazione pubblica – che ha consentito anche significative innovazioni dell'intervento pubblico – si era sviluppato in modo esponenziale, con amministrazioni che vi avevano fatto ricorso in modo indiscriminato, anche per lo svolgimento di attività non riconducibili ai loro fini istituzionali, con il pregiudizievole effetto di chiudere, senza ragione, alla concorrenza determinati mercati, e, comunque, molto spesso senza rispetto dei criteri di economicità ed efficienza, con conseguenti gravi disavanzi e oneri per la finanza pubblica».

deliberazioni (art. 5 T.U.S.P.)¹³; alla dovuta osservanza, in sede di alienazione delle partecipazioni, dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione; al c.d. divieto di soccorso finanziario.

Delineato il fine, i mezzi possono astrattamente spaziare dal controllo preventivo di legittimità al paradigma consultivo.

Il modello del controllo preventivo¹⁴ è, con ogni evidenza, il più incisivo, condizionando la produzione dei giuridici effetti dell'atto.

Emblematico è, in merito, l'art. 14 d.lgs. n. 175/2016, che, nel prevedere una deroga al divieto di soccorso finanziario, dispone che, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, possono essere autorizzati interventi di rifinanziamento o di ricapitalizzazione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e di concerto con gli altri Ministri competenti¹⁵.

Il decreto è soggetto al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti; la pregnanza della previsione è posta a presidio della necessaria continuità del servizio pubblico.

Agli antipodi si colloca il paradigma consultivo.

La sua più tangibile espressione si rinviene nell'art. 7 comma 8 l. 5 giugno 2003, n. 131, che prevede la possibilità per le regioni, i comuni, le province e le città metropolitane di rivolgere pareri, in materia di contabilità pubblica, alle Sezioni regionali di controllo.

Fermi gli ontologici limiti della funzione consultiva, che è – nel caso di specie – rimessa alla valutazione degli enti citati¹⁶ e non potrebbe riguardare scelte concrete e puntuali di gestione né più in generale sovrapporsi all'amministrazione attiva¹⁷, il suo esercizio consente di orientare l'azione della p.a. verso la stella polare della buona amministrazione¹⁸.

In posizione intermedia si collocano le peculiari forme di "pubblicità notizia" che trovano formale cittadinanza nel Testo Unico.

13 V., con riferimento alla motivazione dell'*in house providing*, le importanti pronunce C.G.U.E. 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19 e Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100.

14 Su cui v., ad es., G. M. MEZZAPESA, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti*, in A. CANALE - D. CENTRONE - F. FRENI - M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2022, 653 e S. A. DORIGO, *Il controllo preventivo di legittimità su atti. Estensione, parametri ed esiti*, in A. CANALE - D. CENTRONE - F. FRENI - M. SMIROLDO (a cura di), *op. ult. cit.*, 1371.

15 In tema, v. A. GIORDANO, *La crisi delle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in *Giustamm*, n. 11/2017, 5-8.

16 V. R. PATUMI, *Attività consultiva in materia di contabilità pubblica*, in A. GRIBAUDO - R. PATUMI (a cura di), *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e sugli altri enti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 714.

17 V. R. PATUMI, *Attività consultiva in materia di contabilità pubblica*, cit., 724-725.

18 V. R. PATUMI, *Attività consultiva in materia di contabilità pubblica*, cit., 714: «La previsione è utilissima in una fase storica in cui, a seguito della riduzione dei controlli preventivi di legittimità e della quasi totale scomparsa di quelli di merito, si avverte maggiormente la necessità di un'attenta regolazione dell'azione amministrativa».

Si fa riferimento alla comunicazione alla Corte dei conti delle nodali scelte organizzative e gestionali in materia di società a partecipazione pubblica, tra cui – per quanto più rileva in questa sede – la costituzione di nuove società (art. 5 d.lgs. n. 175/2016)¹⁹.

Contemplando le norme mere rimessioni di atti ai fini conoscitivi, difetta l'individuazione della natura dei poteri attribuiti alla Corte in sede di disamina dei provvedimenti di costituzione o acquisto di partecipazioni; come pure difettano i parametri di riferimento e gli esiti del controllo²⁰.

L'assenza di testuali indicazioni ha indotto a ritenere che, quanto ai parametri, possa farsi riferimento ai presupposti motivazionali e procedurali di cui allo stesso art. 5 e agli ulteriori indicatori di cui agli articoli 4, 7 e 8 del Testo Unico²¹.

L'impossibilità di assimilare i poteri della Corte a quelli propri del controllo preventivo di legittimità, la cui operatività presuppone una chiara esplicitazione normativa, o di analogicamente applicare le sanzioni di cui all'art. 20 comma 7 T.U.S.P. ha suggerito l'adozione di pronunce di accertamento che evidenziassero le illegittimità riscontrate²², fermi comunque i poteri di cui all'art. 148- *bis* d.lgs. n. 267/2000²³ e l'onere di segnalazione delle eventuali ipotesi di responsabilità erariale alla Procura competente²⁴.

19 Controllo che va annoverato nella galassia delle previsioni contenute nel Testo Unico, che contemplano anche il controllo sull'acquisto di partecipazioni pubbliche in società già costituite (art. 8 d.lgs. n. 175/2016); il controllo sulla quotazione di società a controllo pubblico nei mercati regolamentati (art. 18 d.lgs. n. 175/2016); la revisione periodica (art. 20 d.lgs. n. 175/2016) e la revisione straordinaria (art. 24 d.lgs. n. 175/2016) delle partecipazioni; gli interventi per la salvaguardia della continuità nella prestazione dei servizi pubblici locali e l'eventuale piano di risanamento approvato dall'Autorità di regolazione del settore (art. 14 comma 5 d.lgs. n. 175/2016), di cui si è detto *supra* nel testo; la deliberazione del Presidente della Regione di esclusione delle società a partecipazione pubblica dalle prescrizioni dell'art. 4 d.lgs. n. 175/2016; le deliberazioni delle assemblee della società a controllo pubblico che dispongano la composizione collegiale del Consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 11 comma 3 d.lgs. n. 175/2016.

20 V. D. CENTRONE, *Controlli sulle partecipazioni pubbliche*, in A. GRIBAUDO - R. PATUMI (a cura di), *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e sugli altri enti pubblici*, cit., 498.

21 V. ancora D. CENTRONE, *Controlli sulle partecipazioni pubbliche*, cit., 498.

22 Così, del resto, alla luce dell'abrogato art. 3 commi 27-28 l. 24 dicembre 2007, n. 244, Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 23 febbraio 2012, n. 44/2012/PRSE.

23 In senso favorevole all'implicito richiamo dei poteri di controllo già esistenti, v., del resto, F. SUCAMELI, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti in materia di società partecipate dagli enti territoriali. Profili sostanziali e processuali*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, 2020, 8: «È evidente che la richiamata funzione non può avere natura di controllo preventivo con finalità interdittive dell'efficacia dell'atto di costituzione. Tuttavia, gli atti amministrativi adottati dagli enti *dominus* "pubblica amministrazione" e concernenti il bene giuridico "partecipazione" in una società di diritto comune, sono trasmessi "a fini conoscitivi" alle Sezioni di controllo competenti (art. 5, commi 3 e 4 e art. 20 comma 3 TUSP). La legge non specifica né stabilisce nulla di più sul potere di controllo della Corte dei conti, che, come è noto, come ogni giudice, è comunque sottoposto all'egida del principio di legalità e tipicità (art. 101 Cost.). Si deve dunque presumere che tali atti siano trasmessi per l'esercizio dei generali poteri che la legge già riconosce, senza aggiungere nuove competenze di controllo».

24 V. l'art. 52 comma 4 d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, secondo cui «I magistrati della Corte dei conti assegnati alle sezioni e agli uffici di controllo segnalano alle competenti procure regionali i fatti dai quali possano derivare responsabilità erariali che emergano nell'esercizio delle loro funzioni».

La galassia dei controlli sarebbe, poi, incompleta se non si desse atto del modello di cui all'art. 3 comma 4 l.14 gennaio 1994, n. 20.

Il controllo sulla gestione, al servizio dello Stato-comunità, ben si attaglia alla natura e ai connotati dei servizi pubblici erogati dalle società a partecipazione pubblica. Promuove, infatti, la corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità; si concreta in un raffronto *ex post* tra gli obiettivi da raggiungere e i risultati, in concreto, conseguiti; accompagna l'azione amministrativa nel suo farsi: alla dinamicità dell'attività della p.a. si correla un controllo «anche in corso di esercizio»²⁵.

Si atteggia, dunque, a duttile mezzo al fine di una gestione efficace, efficiente ed economica dei servizi pubblici, potendone rilevare “*real time*” le criticità e orientare virtuosi processi di auto-correzione delle Amministrazioni.

Lo schema è stato, non a caso, valorizzato dal legislatore della crisi pandemica. Si pensi al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che, all'art. 22, ha previsto che la Corte svolga il controllo concomitante di cui all'art. 11 comma 2 l. 4 marzo 2009, n. 15, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e rilancio dell'economia nazionale²⁶; si pensi, ancora, al d.l. 31 maggio 2021, n. 77²⁷, che ha richiesto alla Corte di svolgere, con lo strumento del controllo sulla gestione, valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego di risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)²⁸.

L'anima privatistica delle società partecipate obbliga il contestuale mantenimento del variegato assetto dei controlli propri delle società di capitali.

Il dettato dell'art. 1 comma 3 T.U.S.P. («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») fa, infatti, sì che, nel caleidoscopio delle norme civilistiche, trovino spazio anche quelle che delineano la *governance* dei tipi societari.

I controlli esterni e interni, disegnati dal codice civile e dalla legislazione speciale, trovano, dunque, inevitabile applicazione²⁹; controlli che hanno, allo stato, la propria

25 Art. 3 comma 4 l. n. 20/1994.

26 Con la previsione per cui l'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali (ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione dei contributi) è immediatamente trasmesso alla p.a. competente ai fini della responsabilità dirigenziale. V., da ultima, A. PETA, *I controlli della Corte dei conti: il c.d. controllo concomitante*, in A. GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, 2021, 553.

27 Art. 7 comma 7 d.l. n. 77/2021.

28 V. A. PETA, *I controlli della Corte dei conti: il c.d. controllo concomitante*, cit., 553.

29 V., da ultimo, D. ROSSANO, *I controlli nelle società pubbliche*, in *Federalismi*, 2018, 3: «Preliminarmente, occorre far presente che la normativa in materia di controlli interni ed esterni nelle società pubbliche, contenuta nel decreto legislativo n. 175 del 2016 (come modificato nel 2017), non può prescindere da quella di carattere generale predisposta dal codice civile per le società private. Ciò, peraltro, è espressamente chiarito dall'art. 1,

bussola nel disposto di cui all'art. 2086, comma 2, c.c.³⁰, che impone l'“adeguatezza” degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili (anche) nell'ottica di prevenire la crisi d'impresa³¹.

La dialettica pubblico-privato che pervade le società in commento trova ulteriori (e, sovente, difficilmente conciliabili) riflessi nella convivenza dei modelli di *compliance* di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231³² con i vincoli che discendono dalla normativa anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)³³. La complessa coabitazione di strumenti pubblicistici con modelli privatistici di *auditing* si manifesta con particolare evidenza ove si tenti di funzionalmente coordinare l'azione del Responsabile per la prevenzione della corruzione, di cui alla l. n. 190/2012, e l'Organismo di vigilanza *ex* d.lgs. n. 231/2001; complessità che è, più in radice, tangibile ove si guardi alle assolute peculiarità dell'*in house providing*, che con il controllo analogo – elemento costitutivo del modello – combina, insieme ai controlli civilistici, l'azione, necessariamente indipendente, del detto Organismo di vigilanza.

3. – Verso un rinnovato assetto dei controlli.

Dei plurimi controlli esistenti la legge sulla concorrenza ne ha rimodulato uno solo, quello disegnato dall'art. 5 del Testo Unico, che – come si è detto – riguarda la fase di costituzione delle società pubbliche o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di Amministrazioni pubbliche.

comma 3°, del T.U. secondo il 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». Se ne deduce che le norme del codice civile relative agli assetti organizzativi e di controllo dell'impresa potranno trovare applicazione anche nei confronti delle società partecipate dalla Pubblica Amministrazione nelle ipotesi in cui quelle speciali dovessero rivelarsi lacunose o creare dubbi interpretativi. Da qui, le condivisibili considerazioni espresse dalla dottrina secondo la quale le disposizioni di cui agli artt. 2381 e 2403 cod. civ. concernenti l'adeguatezza degli assetti organizzativi, devono applicarsi, in presenza di determinate circostanze, anche alle società pubbliche».

30 V. anche l'art. 3 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14).

31 Sull'applicabilità alle società pubbliche della normativa sulla crisi d'impresa v., del resto, G. GUIZZI - M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in R. GAROFOLI - A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 591; F. FIMMANÒ, *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Fallimento*, n. 2/2017, 161; F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, n. 3/2017, 371; F. M. CIARALLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche*, in *L.L.R.*, n. 1/2017, 54; E. FIGLIOLIA, *Brevi spunti sulla responsabilità degli amministratori e sulla crisi dell'impresa pubblica alla luce del D.lgs. n. 175/2016*, in M. LACCHINI - A. MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, cit., 269; E. DE CHIARA, *Osservazioni sull'assoggettabilità alla procedura fallimentare delle società in house*, in *Dir. fall.*, n. 1/2017, I, 208; P. PETTITI, *Le società in house falliscono per il Testo Unico*, in *Giur. comm.*, n. 1/2017, 130; C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 6/2016, 1233.

32 Sull'applicabilità alle società pubbliche del d.lgs. n. 231/2001, v. la Determinazione Anac, 8 novembre 2017, n. 1134, in www.anticorruzione.it.

33 In argomento, v. A. GIORDANO, *La società pubblica (non) può delinquere? Considerazioni sul modello '231' nelle società in mano pubblica*, in *Giustamm*, n. 2/2019, spec. 4-6; più in generale, v. l'ampia analisi di R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, n. 1/2019, 125.

Lo schema di decreto legislativo, da cui è scaturito il T.U.S.P., prevedeva la trasmissione alla Corte dello schema della delibera di costituzione o di acquisto delle partecipazioni prima ancora della sua adozione.

Il rilievo per cui previsione siffatta sarebbe stata incompatibile con le peculiarità della funzione di controllo e della stessa funzione consultiva³⁴ ha indotto, in sede di Testo Unico, a una poderosa virata in senso contrario.

Si è, infatti, disposto che la p.a. inviasse alla Corte, ai fini meramente conoscitivi, l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta.

Per gli atti delle Amministrazioni dello Stato erano (e sono) competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, la competenza spettava (e spetta) alla Sezione regionale di controllo, mentre, per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti *ex l.* 21 marzo 1958, n. 259, alla Sezione del controllo sugli enti medesimi.

Il dettato vigente, lungi dal conferire alla Corte un controllo preventivo di legittimità (destinato a incidere sull'efficacia dell'atto), le attribuisce il potere di deliberare, entro sessanta giorni, in ordine alla conformità dell'atto stesso rispetto a quanto disposto dagli artt. 4, 5, commi 1 e 2, 7 e 8 del Testo Unico, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa³⁵.

La mera tecnica di "pubblicità notizia" contemplata dall'originario articolato del Testo Unico cede il passo alla resa di pareri compatibili con i principi autonomistici di rilevanza costituzionale: in caso di negativo avviso della magistratura contabile, l'Amministrazione potrebbe comunque procedere, ferma la necessità di esplicitare, in

34 Che non può essere esercitata in relazione a concrete e puntuali scelte di gestione dell'ente.

35 Si vedano i nuovi commi 3 e 4 dell'art. 5: «3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta [alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e] all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, 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. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo. 4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, 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 medesimi. La segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni».

modo analitico, le ragioni di mancato adeguamento al parere.

L'obbligatorietà del parere della Corte, la sua pubblicità sul sito istituzionale dell'Amministrazione, il meccanismo del "*comply or explain*" e la dovuta motivazione, da parte della p.a., dell'eventuale avviso contrario – anch'esso soggetto a pubblicità – integrerebbero il *proprium* della nuova funzione.

Occorre chiedersi se dalla novella discenda quella promozione della concorrenza che avrebbe ispirato i novellatori.

Se il ruolo della Corte appare, rispetto alla previgente disciplina, astrattamente più incisivo (ed è certamente apprezzabile il richiamo dei parametri di controllo³⁶, estraneo al previgente ordito positivo), i "pareri"³⁷ – che, invero, mai potrebbero incidere su fattispecie concrete – rischiano di risolversi in frecce imbelli, così frustrando la *ratio* di efficienza sottesa a un credibile sistema di controlli. Si tratta, infatti, di *consilia* non vincolanti, superabili da (pur motivati) dissensi delle Amministrazioni e destinati a giungere ad atti deliberativi già adottati.

Il *télos* dei monitoraggi di spettanza della Corte appare difficilmente conseguibile; previsione che sembra rafforzata dalla latezza e genericità dei parametri delineati dal nuovo art. 5 T.U.S.P., che, oltre a richiamare gli articoli 4, 7 e 8 (insieme ai commi 1 e 2 dello stesso art. 5), si limita a un particolare riferimento alla «sostenibilità finanziaria»³⁸ e alla «compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità».

Posto che, dunque, un diverso modello di controllo – prevenendo casi di *maladministration*³⁹ – avrebbe meglio preservato i canoni di buona amministrazione (si pensi all'ipotesi di una delibera di accertamento delle irregolarità antecedente al perfezionamento dell'atto o alla declinazione del controllo concomitante sulla falsariga dell'art. 22 d.l. n. 76/2020⁴⁰), di effetti "concorrenziali" della novella sembra

36 C. conti, Sez. Riunite in sede di controllo, *Memoria sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza*, febbraio 2022, 8: «[...] la Corte non può che condividere l'obiettivo di precisare i parametri e gli esiti del controllo nella fase di costituzione e/o di acquisizione della partecipazione. Ciò consente di intervenire, tempestivamente, su una scelta che può riflettersi sulla gestione dell'ente, non sempre positivamente, prima della sua effettiva attuazione, evitando il rischio di successiva emersione di squilibri di bilancio e potenziali situazioni di danno».

37 Espressione di un'attività recentemente promossa anche dal d.d.l. S. 2185 («Modifiche alla disciplina relativa alla Corte dei conti a tutela del corretto riavvio del Paese»), il cui art. 1 così recita: «Le sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva, a richiesta delle amministrazioni centrali e degli altri organismi di diritto pubblico nazionali, rendono pareri nelle materie di contabilità pubblica, su fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro, e assicurano la funzione nomofilattica sull'esercizio della funzione consultiva da parte delle sezioni regionali di controllo. I medesimi pareri sono resi dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, a richiesta dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle regioni, anche su specifiche fattispecie. È esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa per gli atti gestionali pienamente conformi ai pareri resi».

38 Ma non anche alla convenienza economica (comunque richiamata dall'art. 5 comma 1 T.U.S.P. al quale il novellato terzo comma del disposto fa rinvio).

39 Si richiama S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, V, 243.

40 V. *supra* § 2.

non potersi agevolmente discorrere né in un’ottica di raccordo del controllo di cui all’art. 5 T.U.S.P. con gli altri controlli disegnati dal Testo Unico (si pensi al rapporto con l’art. 20 comma 2 T.U.S.P. o con l’articolo 11 comma 3 T.U.S.P.), né di sintesi dello stesso con il coacervo dei controlli, pubblicistici e privatistici⁴¹, cui restano soggette le società a partecipazione pubblica⁴².

Una funzione “consultiva” (invero ai limiti della co-amministrazione) che, pur dovendo promuovere il principio – di rilevanza unionale – della concorrenza, possa (astrattamente) consentire (motivate) deroghe alle norme degli stessi Trattati europei, alla disciplina sugli aiuti di Stato e ai vincoli di cui all’art. 4 T.U.S.P. o che comunque, pur dovendo prevenire, rimette a controlli successivi (quello *ex art. 20 T.U.S.P.*⁴³) l’intervento moralizzatore, finisce per allontanare la disciplina delle società partecipate dai paletti imposti dal diritto positivo e, prima ancora, dall’etica pubblica. Una funzione che si aggiunge alla moltitudine delle altre senza troppo innovare *in melius*, anzi ingenerando la (erronea) convinzione che ci si possa (motivatamente) discostare da disposizioni cogenti (in ipotesi segnalate in sede di *consilium*), merita di essere ponderatamente rimeditata secondo un disegno sistematico che riordini gli atomistici momenti di controllo nel mosaico dell’ordinamento⁴⁴.

41 Ciò nonostante la stessa legge delega n. 124/2015 (art. 18 lettera h) prevedesse, tra i principi e criteri direttivi cui si sarebbe dovuto attenere il decreto delegato sulle società in mano pubblica, quello della «eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e di controllo». In generale, sulla (sovente irrisolta) tensione ordinamentale tra diritto pubblico e diritto privato, v. S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 697: «ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e, quanto più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione; cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l’esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato. Infatti, negata la distinzione si dissolve il diritto».

42 V. *supra*, § 2. Si pensi, a titolo di esempio, all’omesso raccordo del controllo della Corte *ex art. 5 T.U.S.P.* con la funzione attribuita all’AGCOM dal medesimo disposto.

43 Il cui secondo comma – che contempla i parametri – avrebbe, peraltro, meritato un ripensamento in un’ottica di promozione dell’efficienza dei controlli (si pensi, a titolo di esempio, al criterio della «soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti» che potrebbe non essere minimamente dirimente a fronte dell’assenza, in ipotesi, di compensi per gli amministratori).

44 E promuova, insieme all’efficacia del sistema dei controlli, un coerente, rivitalizzato, assetto della responsabilità amministrativo-contabile (si richiamano, in proposito, le modifiche introdotte dai già citati decreti-legge n. 76/2020 e n. 77/2021, che, da una parte, hanno richiesto, ai fini della configurazione del dolo, la prova della volontà dell’evento dannoso e, dall’altra, hanno espunto la colpa grave dai criteri di imputazione correlati alle condotte attive; per alcuni rilievi critici, v. A. CANALE, *L’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in A. CANALE - D. CENTRONE - F. FRENI - M. SMIROLDO (a cura di), *op. ult. cit.*, 146; V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2022, *passim*; M. ATELLI - F. CAPALBO - P. GRASSO - U. MONTELLA - D. PERROTTA - R. SCHÜLMERS VON PERNWERTH, *Il dolo contabile dopo l’art. 21 del decreto-legge Semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze del sistema*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 6/2020, 28; A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 5/2020, 1; H. BONURA, *La paura della firma e la “nuova” responsabilità amministrativa: il decreto Semplificazioni tra equilibri ed equilibrismi (primo commento agli articoli 21 e 22 del “decreto Semplificazioni”)*, in BOLOGNINO - BONURA - STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema “a regime”*, Piacenza, 2020, 87; L. D’ANGELO, *Il*

*“nuovo” dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile (nota a Corte dei conti, Sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234), in www.lexitalia.it, 25 settembre 2020; ID., Danno erariale e c.d. “decreto semplificazioni”: i mobili confini della responsabilità amministrativo-contabile, ivi, 21 settembre 2020; M. DE PAOLIS, La responsabilità amministrativa nella gestione dei fondi comunitari dopo il d.l. n. 76/2020, in *Azienditalia*, n. 12/2020, 2019; M. PERIN, Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no, in www.lexitalia.it, 25.8.2020; L. TORCHIA, La responsabilità amministrativa, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2020, 727).*