

## La corretta attribuzione di status della società a partecipazione pubblica: nota alla sentenza della Corte dei conti, sez. giur. in speciale composizione, n.16/2019



di **Adriana Caroselli**

21 giugno 2019

**Materia: società / partecipazione pubblica**

### **La corretta attribuzione di status della società a partecipazione pubblica: nota alla sentenza della Corte dei conti, sez. giur. in speciale composizione, n.16/2019**

Sono tanti gli spunti di riflessione che offre la recente [sentenza n.16/2019](#), con cui le Sezioni Riunite in speciale composizione della Corte dei conti sono state chiamate a pronunciarsi sulla legittimità di alcune delibere della sezione regionale di controllo, adottate nell'ambito delle verifiche sull'attuazione dell'art.11 d.lgs. 175/2016 (sin d'ora TUSP) in relazione ad una società a partecipazione pubblica.

Sono tanti e trasversali, in quanto, le problematiche esaminate, se attengono alla contabilità pubblica, involgono il diritto societario e sono state, vieppiù, oggetto d'esame da parte del giudice amministrativo e, dunque, contribuiscono ad approfondire, da una diversa ed innovativa prospettiva ed in un'ottica circolare, il quadro normativo delle società a partecipazione pubblica.

#### 1. I fatti

La sezione regionale di controllo, nell'ambito delle verifiche sull'osservanza della disposizione contenuta nell'art.11 TUSP sul numero di componenti dell'organo amministrativo delle società a controllo pubblico, segnala, con distinte deliberazioni, ad alcune amministrazioni locali socie della medesima società, l'esigenza che le rispettive partecipate (tra cui la società ricorrente) si adeguino alle previsioni del detto art.11, raccomandando alle stesse di verificare la legalità delle deliberazioni assembleari che verranno adottate dai propri organismi partecipati.

Una delle società oggetto di controllo, partecipata per oltre il cinquanta per cento da enti locali e per la restante quota da una società quotata a controllo pubblico, il cui consiglio di amministrazione consta di 9 membri, impugna dinnanzi alle sezioni riunite in speciale composizione le delibere della sezione regionale di controllo indirizzate a tre comuni soci, chiedendone l'annullamento.

Le Sezioni Riunite in s.c. giungono ad accogliere il ricorso all'esito di un'articolata disamina delle questioni preliminari e di merito sottoposte, rivedendo, con riferimento allo snodo centrale della vertenza, quello del riconoscimento della capacità lesiva della delibera di controllo in ordine agli interessi della società, il proprio orientamento affermato nella coeva sentenza n.8/2019, avente ad oggetto il ricorso presentato dalla medesima società avverso altra deliberazione di controllo indirizzata ad un diverso comune socio due mesi prima.

Nel merito la pronuncia è, altresì, degna di nota per aver accolto il giudice contabile un'interpretazione restrittiva della nozione di società a controllo pubblico, in contrasto con la posizione assunta dalla Struttura del MEF, ribadita nel recente Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche dello scorso maggio.

## 2. La decisione

In via preliminare, il giudice, in disparte le questioni procedurali inerenti la notifica ed i termini per l'impugnazione (degni, comunque, di nota, laddove si afferma che i termini per ricorrere decorrono per la società dal momento in cui abbia avuto conoscenza della delibera e non dal giorno in cui questa le è stata trasmessa dall'ente locale socio), scruta le eccezioni formulate dalla Procura circa il difetto di legittimazione attiva e di interesse ad agire della società ricorrente.

Dopo aver ribadito che la norma contenuta nella lett. e) dell'art.11 c.g.c. integra una clausola ricognitiva ed elastica di fattispecie riconducibili alla contabilità pubblica (SSRR s.c., n.44/2017), le Sezioni Riunite in s.c. ammettono la possibilità di impugnare la delibera della sezione di controllo, ritenendo che le disposizioni contenute nel TUSP siano riconducibili alla materia della contabilità pubblica in quanto emanate nel perseguimento del contenimento della spesa pubblica.

Con riferimento alla legittimazione ad agire, osserva il Collegio che l'art.11 c.g.c. non riconosce detta situazione in capo a soggetti specificatamente determinati, ma alla parte che affermi di aver subito la lesione di un proprio diritto o interesse, cui l'accoglimento della domanda consentirebbe di porre rimedio.

Parte che, sebbene, come nel caso di specie, non abbia partecipato al procedimento di controllo, risultando lesa all'esito di questo, deve essere riconosciuta legittimata ad agire dinanzi al giudice contabile.

Infatti, diversamente opinando, dovrebbe ammettersi, pena la violazione dell'art.24 Cost., la possibilità che la stessa impugni dinnanzi ad altro plesso giurisdizionale gli atti amministrativi conseguenti, con il risultato, da ritenersi ingiustificato alla luce della riconosciuta terzietà ed indipendenza della Corte dei conti, quale organo di controllo e giudice naturale delle controversie in materia di contabilità pubblica, di ottenere un sindacato indiretto sugli atti di controllo da parte di un giudice sfornito di giurisdizione.

D'altronde, si legge ancora, la sussistenza della legittimazione ad agire è determinata dall'idoneità astratta della situazione soggettiva attiva ad essere tutelata in giudizio ed il relativo riconoscimento non richiede l'accertamento in concreto della titolarità, che, invece, appartiene al merito della causa (cfr., Cass. 11194/2009, 11284/2010; 14177/2011).

Ma è lo scrutinio dell'altra eccezione preliminare della Procura, quella di difetto di interesse ad agire, che costituisce l'elemento di snodo dell'intera vicenda e che conduce le Sezioni Riunite ad affermare l'innovativo principio, rivisitando il percorso argomentativo seguito nella coeva decisione vertente su analoga fattispecie sottoposta alle Sezioni dalla stessa società ricorrente avverso la deliberazione indirizzata ad altro ente locale socio.

Discostandosi dalla pronuncia n.8/2019, che pure aveva riconosciuto la legittimazione ad impugnare, ma negato la sussistenza di un interesse

concreto ed attuale a ricorrere, le Sezioni Riunite ritengono che la deliberazione della sezione di controllo che ha accertato la mancata ottemperanza alle disposizioni del TUSP non può ritenersi meramente collaborativa e sollecitatoria nei confronti dei comuni soci, ma incide direttamente sugli interessi della società, arrecandovi pregiudizio.

Secondo il Collegio la pronuncia della sezione di controllo, in quanto di accertamento di non conformità a parametri normativi o di irregolarità, anche se non assistita da una sanzione inibitoria, provenendo da un organo investito di una funzione di garanzia dell'ordinamento nelle materia di contabilità pubblica, deve ritenersi idonea a ledere direttamente gli interessi della società.

La conclusione è preceduta da una disamina dei poteri riconosciuti dal TUSP alle sezioni di controllo, secondo cui vanno comunicate alla Corte dei conti le scelte di organizzazione e gestionali della società e degli enti soci (artt. 4,5,7,8), di quotazione nei mercati regolamentati (art.26, c.4 e 5), i piani per il superamento di situazioni di crisi d'impresa (art.14, c.5), la composizione degli organi amministrativi (art.11, c.3), l'esito della ricognizione straordinaria partecipate (art.24).

Sebbene dal TUSP non si deduca la tipologia di controllo esercitata dalla Corte al ricevimento delle comunicazioni, secondo le Sezioni Riunite in s.c. il controllo sul provvedimento di ricognizione straordinaria integra un controllo successivo di legittimità, mentre nelle altre ipotesi, in cui è previsto il semplice invio, la sezione esercita un controllo di regolarità/legittimità in ordine al rispetto delle disposizioni del TUSP, che non può qualificarsi come mero controllo collaborativo, in quanto abilita la sezione ad emettere pronunce di accertamento parametrato alle norme di legge.

Pertanto, ed è questo l'innovativo passaggio della pronuncia, l'avvenuto accertamento da parte della sezione dello *status* di società a controllo pubblico in capo alla ricorrente, comportando l'applicazione del peculiare regime giuridico, derogatorio delle disposizioni codicistiche (in tema di *governance*, in ordine ai principi fondamentali sull'organizzazione e la gestione, sulla crisi d'impresa, sulla gestione dei rapporti di lavoro e sui criteri in tema di trasparenza) è idoneo, per la Corte, ad incidere direttamente nell'ambito degli equilibri societari.

Con la conseguenza che deve essere riconosciuto in capo alla società un interesse a ricorrere analogo a quello riconosciuto in capo ai soggetti che sono stati inclusi nell'elenco ISTAT (di cui all'art.11, c.1, lett. b, c.g.c.) , in quanto il bene da tutelare è la corretta attribuzione di uno *status* giuridico.

Pertanto, conclude il Collegio, poiché l'interesse della società ad essere esclusa dal novero delle società a controllo pubblico può ricevere tutela solo da una pronuncia di merito del giudice nell'ambito della giurisdizione esclusiva in unico grado, "tanto è sufficiente", ad avviso dello stesso, ad integrare la sussistenza dell'interesse ad agire ex art.100 cpc in capo alla stessa.

Degno di nota è anche è anche l'approdo ermeneutico delle Sezioni Riunite in relazione al merito della vertenza e, in particolare, alla riconducibilità della ricorrente al novero delle società a controllo pubblico.

Disattendendo la tesi della sezione di controllo, che, richiamando l'atto di orientamento della Struttura di controllo e monitoraggio del Mef

(del 15 febbraio 2018), aveva ritenuto la ricorrente quale società a controllo pubblico, giusta la circostanza che la maggioranza delle azioni e dei consiglieri spettasse ai soci pubblici, le Sezioni Riunite affermano che detto *status* non può essere desunto da meri indici, ma richiede un'approfondita istruttoria, incentrata, in primo luogo, sulle norme dello statuto e dei patti parasociali, onde verificare in che termini gli enti locali sono in grado di influire sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale.

Nel caso di specie le Sezioni Riunite in s.c. escludono che la ricorrente sia una società a controllo pubblico, in quanto, anche sulla base delle norme del solo statuto, gli enti pubblici soci non sono in grado di incidere, senza il consenso del socio privato (in quanto tale deve essere considerata la società a partecipazione pubblica quotata, esclusa, in quanto tale, dalle previsioni del TUSP), sulle decisioni più rilevanti per la società, ivi inclusa quella relativa al numero di componenti dell'organo amministrativo.

Inoltre, il Collegio, discostandosi dall'estensiva interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni di cui all'art.2359 c.c. accolta dal Consiglio di Stato con riferimento alla nozione di "controllo congiunto" (cfr. Cons. Stato, I, parere n. 1801/2014), afferma che tale conclusione deve essere rivista alla luce delle norme del TUSP .

TUSP, al cui interno manca l'espressione controllo congiunto, ma è prevista quella di "controllo analogo congiunto", circostanza questa che sta ad attestare la non coincidenza delle due "modalità di azione".

### 3. Brevi considerazioni conclusive

Sono almeno tre gli approdi importanti della pronuncia in nota.

Il primo riguarda la natura delle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo emesse in occasione della verifica sul rispetto delle disposizioni contenute nel TUSP.

Rivisitando la posizione espressa nella sentenza n.8/2019, che pure aveva avuto ad oggetto la medesima fattispecie, le Sezioni Riunite ritengono che la deliberazione di controllo non riveste natura meramente collaborativa e sollecitatoria nei confronti dell'ente locale socio, a cui solo spetta attivarsi per ripristinare la situazione giudica violata, pena l'insorgere della responsabilità amministrativo-contabile, ma riveste natura di accertamento di non conformità a parametri normativi o di irregolarità, che, in quanto tale, è in grado di incidere direttamente sugli interessi della società partecipata.

Il secondo approdo ermeneutico, corollario del primo, attiene il riconoscimento dell'interesse a ricorrere in capo alla società oggetto, ma non destinataria, dell'atto di controllo.

Secondo le Sezioni Riunite l'interesse che fa capo alla società non è, come affermato nella sentenza n.8/2019, di mero fatto ed indiretto (in quanto dipendente da fattori estranei alla società, quali il *facere* del Comune), privo, in quanto tale di immediata tutela in sede processuale, ma è diretto, poiché la delibera di controllo è idonea ad incidere direttamente nell'ambito degli equilibri societari, proprio laddove gli enti locali soci sono tenuti ad adeguarsi alla deliberazione di controllo (cfr. C. cost. n.39/2014).

Il bene della vita, di cui la società, individualmente ed in modo autonomo rispetto agli enti locali soci, è titolare, è, dunque, il riconoscimento del corretto *status* giuridico, il quale può essere ottenuto dalla stessa solo attraverso l'intervento del giudice e da cui dipende l'applicazione del relativo regime normativo; regime che, nel caso di società a controllo pubblico è in parte derogatorio di quello civilistico e particolarmente stringente per la gestione della società, come per l'esercizio dell'attività.

Il terzo rilevante approdo involge la nozione di società a controllo pubblico.

Al riguardo, le Sezioni Riunite affermano come la situazione di controllo congiunto, di cui all'art.2359 c.c., non equivalga a quella di controllo analogo congiunto, come definita nel TUSP.

Il TUSP distingue, infatti, tra "controllo" ex art.2359, "controllo analogo" e "controllo analogo congiunto", situazione quest'ultima che si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'art.5, c.5, del codice dei contratti, il d.lgs. 50/2016.

Discostandosi dall'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa formatasi prima dell'entrata in vigore del TUSP (Cons. St., I, Parere n.1801/2014), secondo cui la situazione di controllo congiunto si realizza anche nelle ipotesi in cui nessuno dei soggetti pubblici soci si trovi nelle diverse situazioni contemplate dall'art.2359 c.c., dovendo la nozione pubblicistica di controllo congiunto desunta dalle direttive UE sugli appalti del 2014 essere calata all'interno della fattispecie civilistica di controllo societario, afferma che le norme del TUSP circoscrivono in modo più rigoroso la nozione di controllo pubblico.

Inoltre, secondo le Sezioni Riunite il richiamo alla nota di orientamento del MEF del febbraio 2018 non ha valore risolutivo, in quanto l'accertamento della sussistenza dello *status* in parola non può prescindere da una precipua attività istruttoria, rispetto alla quale assume rilievo decisivo lo scrutinio delle disposizioni statutarie e dei patti parasociali.

L'analisi dello statuto, nel caso di specie, ha escluso la sussistenza delle quattro condizioni individuate dall'art.2, c.1, lett.b), TUSP, non ricorrendo, né il controllo di diritto (art.2359, c.1, n.1), né il controllo di fatto (art.2359, c.1, n.2), né il controllo contrattuale (art.2359, c.1, n.£), né, tanto meno, la peculiare ipotesi di controllo introdotta dal TUSP.

A tal proposito le Sezioni Riunite affermano che quest'ultima situazione di controllo non può essere presunta in presenza di comportamenti univoci o concludenti, ma deve risultare da norme di legge, statutarie e da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime di tutte le ppaa partecipanti, siano in grado di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società.

La conclusione è degna di nota anche in ragione della diversa posizione assunta dalla Struttura del MEF, per come ribadita nel Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche pubblicato lo scorso 16 maggio scorso, che pure ha considerato, non condividendone, tuttavia, i risvolti applicativi, la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, n. 578 del 23 gennaio 2019.

Secondo la Struttura del MEF, sebbene il giudice amministrativo abbia, da ultimo, affermato la necessità, in presenza di partecipazioni

pulviscolari, di principio inidonee a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di incidere effettivamente sulle decisioni strategiche della società, che vengano stipulati adeguati patti parasociali ovvero previsto, negli atti costitutivi della società, un organo speciale, che, al pari delle assemblee speciali di cui all'art. 2376 c.c., sia deputato ad esprimere la volontà del soci pubblici (C. Stato, V, n.578/2019), tale affermazione di principio non sembra condurre alla conclusione che, in presenza di "comportamenti concludenti" riscontrabili in sede di approvazione delle principali delibere assembleari, "non possa desumersi in concreto l'esercizio di una, ancorché discutibile nelle modalità, forma di controllo pubblico congiunto" (Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche, maggio 2019).

Posizione questa che la Struttura del MEF ha ritenuto potersi trarre anche da alcune pronunce delle sezioni di controllo (C. conti, sez. reg. Emilia Romagna, del. n.61/2018/VSGO; n.36/2018/VSGO), ma in ordine alle quali la sentenza in nota è destinata ad assumere rilievo e, non solo in virtù della provenienza, ma anche per l'effetto nomofilattico che l'"allineamento" esegetico tra plessi giurisdizionali differenti è destinato a produrre.