RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 1 - 2023

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA

Comitato Scientifico

Vincenzo Barba
Monica Bergo
Chiara Bergonzini
Gianluigi Bizioli
Guido Calabresi
Ignacio Calatyud Prats
Francesco Capalbo
Elisa Cavasino
Aldo Carosi
Ines Ciolli
Carlo Colapietro
Giovanna Colombini
Barbara Cortese
Giacomo D'Angelo
Marcello Degni
Francesco Fimmanò
Sergio Foà
Loredana Giani
Massimo Luciani
Nicola Lupo
Vanessa Manzetti
Simone Mezzacapo
Vittorio Occorsio
Simone Pajno
Giuseppe Palmisano
Barbara Pezzini
Eugenio Picozza
Giovanna Pistorio
Guido Rivosecchi
Antonio Saitta
Gino Scaccia
Vincenzo Sforza
Riccardo Ursi
Giuseppe Verde

Direttore Responsabile

Laura d'Ambrosio

Vice Direttori

Francesco Sucameli
Giovanni Guida

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconti.it

Pubblicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018

CODICE ISSN: 2612-4912

ATTUALITA'

IL CAMPO MINATO DEL CONTROLLO DELLA CORTE DEI CONTI EX ART. 5 TUSP: LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA TRA ONERE MOTIVAZIONALE AGGRAVATO E AUTOTUTELA DOVEROSA

di Cristina Menale
Funzionario Corte dei conti

Sommario*:*

1. Il campo minato del Parere ex art. 5 Tusp
2. Un nuovo controllo di legittimità-regolarità
3. I vincoli tipologici e finalistici come limite al potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione. L'onere motivazionale aggravato
4. La natura degli atti deliberativi di costituzione delle società. La duplice fase di valutazione
5. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: limiti al sindacato giudiziario –
   5.1 In particolare: il sindacato del giudice contabile sulla costituzione delle società partecipata
6. La natura del Parere ex art. 5 Tusp.
7. L'effetto impeditivo del parere negativo
8. Conclusioni

Abstract*:*

Le disposizioni dell'art. 5 del Testo Unico sulle Società Partecipate, come modificate dall'art. 11 comma 1, lett. a), della l. n. 118/2022, prevedono che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso, dall'amministrazione procedente, alla Corte dei conti, che delibera, entro sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo art. 5, nonché dagli artt. 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. La lettura della disposizione e della prima giurisprudenza considera gli elementi caratteristici della funzione ed in particolare l'effetto impeditivo per qualificare questa attività come controllo di legittimità e regolarità anziché come parere. Dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

The art. 5, law 175/2016 as amended by art. 11 paragraph 1, lett. a), of the law no. 118/2022, provide that the deliberative deed for the establishment of a company or the acquisition of a shareholding (direct or indirect) is sent, by the proceeding administration, to the Court of Auditors, which resolves, within sixty days, in order the compliance of the deed with the provisions of paragraphs 1 and 2 of the same art. 5, as well as by the articles 4, 7 and 8, with particular regard to financial sustainability and the compatibility of the choice with the principles of efficiency, effectiveness and economy of the administrative action. The reading of the provision and of the first jurisprudence – due to the characteristic elements of the function and in particular the impeding effect – allows to qualify this activity as a control of legitimacy and regularity rather than as a qualified opinion. Faced with a complex technical assessment, the judge can retrace the reasoning followed by the administration, in order to verify, also with reference to the technical rule adopted, the reasonableness, logic, coherence of the logical procedure followed by the public authority, without replacing it with a personal different evaluation system.

1. Il campo "minato" del Parere ex art. 5 Tusp

Di recente, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, con il Parere n. 59 del 2023, è stata chiamata a pronunciarsi ai sensi dell'art. 5, comma 3, del Tusp, sulla delibera della Assemblea capitolina n. 49/2023 che autorizza l'acquisto da parte di Ama Roma del 49% della società Roma Multiservizi Spa, a cui sono affidati una pluralità di servizi di vario tipo.

Le disposizioni dell'art. 5, come modificate [1]dall'art. 11 comma 1, lett. a), della l. n. 118/2022, prevedono che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso, dall'amministrazione procedente, alla Corte dei conti, che delibera, entro sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo art. 5, nonché dagli artt. 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

La pronuncia indaga il travagliato e mai risolto rapporto tra discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice contabile, percorrendo le vie impervie di una grammatica normativa non sempre lineare, a causa del rinvio a criteri e concetti generici ed elastici quali efficacia efficienza economicità [2]e corretta gestione delle risorse[3]. Infatti, quando l'uso di concetti elastici, da parte del legislatore, riguarda i limiti all'azione amministrativa, si pone, automaticamente, il problema di stabilire il delicato confine tra giurisdizione e "riserva di amministrazione". In questa prospettiva, il controllo del Giudice contabile, nel caso del "Parere" previsto dall'art. 5 Tusp, è chiamato a risolvere *"in sede interpretativa e con fatica,* […] *sofisticate trame ricostruttive con la velleità di orientare il senso di quelle formule innocue*[4]".

La decisione del giudice contabile, qui in commento, fornisce un'utile occasione per far luce sulla natura giuridica dei provvedimenti di costituzione delle società a partecipazione pubblica e, allo stesso tempo, sul perimetro del sindacato del Giudice dei bilanci pubblici[5]. Resta infatti ancora dibattuta la questione dell'*id est* delle società a partecipazione pubblica, le c.d. "*anonim(e) di Stato"*[6] , a causa della confusione che contrassegna l'eterogeneo diritto positivo che disciplina nascita e

[1] Le Sezioni Riunite della Corte dei conti, nella deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/202, ritengono che le norme del Tusp, nel sistema delineato dalla Corte costituzionale, assurgano a principi fondamentali espressivi del coordinamento finanziario, trattandosi di norme che, in linea con le disposizioni in materia di riduzione del costo della pubblica amministrazione (cosiddetta *spending review*), pongono misure finalizzate alla previsione e al contenimento delle spese delle società a controllo pubblico per il loro funzionamento" (Corte cost., sentt. n. 86/2022 e n. 194 del 2020). La finalità complessiva di coordinamento della finanza pubblica del Tusp, [le cui norme configurano] parametri interposti [di coordinamento finanziario ex art. 117, terzo comma, Cost.] sono anche teleologicamente orientati alla razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche nelle società, e pertanto intersecano profili di coordinamento finanziario e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione" (Corte cost., sent. n. 86/2022, punto 4 del diritto; si veda, anche, Corte cost., sent. n. 201/2022, punto 6.2. del diritto) Il predetto inquadramento costituzionale concorre a interpretare in chiave teleologica e sistematica i nuovi parametri di cui all'art. 5, delineati dal Tusp, novellato dalla legge n. 118 del 2022, che fanno sistema con le disposizioni di cui all'art. 20 del medesimo Tusp, come è possibile ricavare dal criterio e principio direttivo indicato nell'art. 8, comma 2, lett. i), della medesima legge n. 118 del 2022.

[2] Cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. Sandulli, Milano, 2011; R. TASSONE, *Amministrazione per risultati* in *Scritti in onore di E. Casetta,* Napoli, 2001, II, 813 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004; P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.,* XIII. Roma, 1988; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, Milano, 1966; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; C. PINELLI, *Articolo 97. Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Il Foro italiano, Bologna/Roma, 1994, pp. 31 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita sessant'anni anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010; A. MASSERA E M.R. SPASIANO, IN M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

[3] Le problematiche sono simile a quelle che hanno interessato altri settori del diritto. Sul punto si rinvia alle riflessioni di cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm*., I, 1998, p. 666.

[4] G. ALESSANDRO, *I controlli esterni sulle società in mano pubblica*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI e M. PERRINO, pag. 117, Giappichelli Editore, 2020.

[5] Per questa definizione della magistratura contabile, cfr. F. SUCAMELI, *Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio*, in *Federalismi.it*, n. 36/2020.

[6] G. ALESSANDRO, op. cit, pag. 117.

funzionamento di tali soggetti, anche dopo l'emanazione del Testo unico (d.lgs. n. 175/2016, c.d. Tusp).

L'obiettivo di questo lavoro, senza l'ambizione di essere esaustivi, è di restituire al lettore il "bozzetto" di uno scenario in piena e fervente evoluzione, ossia quello del nuovo assetto dei rapporti tra discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario contabile, a valle delle riforme sui controlli indotti dalla l. cost. n. 1/2012. Anticipandone i contenuti, si può senz'altro dire che tale controllo del giudice si svincola dal concetto di "opinabilità" della decisione amministrativa[7], per legittimare un controllo sostanziale, ancorato a concetti normativi, si elastici, ma che conducono lungo un rigoroso percorso logico, attraverso il criterio della proporzionalità [8]della scelta, alla stregua del parametro della "sostenibilità finanziaria".

Il Tusp, in atti, introduce delle procedure e limiti di spesa per il "disinnesco" di possibili patologie[9], rinvenienti dall'uso delle forme di diritto di privato (art. 1, comma 1-bis e comma 1-ter l. n. 241/1990) per perseguire finalità pubbliche, un diritto concepito e strumentale all'autonomia privata, caratterizzato, quindi, da una sostanziale libertà nel fine e dall'assenza di procedimenti. Per contro, un ricorso planare a tali forme può impattare negativamente sui "criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità" (comma 1) che devono conformare le attività alimentate dal bilancio pubblico. Il ricorso alla costituzione di società di diritto privato può avere 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" (Corte costituzionale, sentenza n. 201 del 2022)[10].

L'abuso della forma privatistica nell'organizzazione della pubblica amministrazione, infatti, può condurre ad una "*regressione del controllo democratico a favore di burocrazie autoreferenziali,* [con la] *rottura di uno dei valori fondamentali del bilancio pubblico[11], ossia, la sua "universalità[12]* […]*alla stregua di una contabilità speciale o di una gestione fuori bilancio".*

---

[7] Cfr. in materia U. PATRONI GRIFFI, *Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè Editore, 2016, pag. 195 e ss.

[8]Il principio di proporzionalità affonda le proprie radici nel diritto tedesco, essendosi affermato nel XIX secolo nel settore del diritto pubblico ed in particolare nell'ambito del diritto di polizia, per poi estendersi a tutto il diritto amministrativo. Con il noto caso Kreuzberg del 1882, la giurisprudenza prussiana, correlando la misura repressiva con la libertà individuale, specificava che il mezzo in concreto adottato dall'autorità deve essere il meno invasivo per il cittadino che lo subisce e, al contempo, idoneo ad ottenere lo scopo pubblico prefissato. Il principio di proporzionalità è stato, successivamente, fatto proprio dalla Corte di Giustizia UE soprattutto in materia di sanzioni, di aiuti di Stato, di deroghe alle regole della concorrenza, assurgendo così a principio generale dell'ordinamento comunitario. Con la previsione di cui all'art. 1, primo comma, della Legge n. 241/1990, che si richiama espressamente all'ordinamento comunitario, il principio in esame cessa di essere un principio meramente dottrinale o giurisprudenziale e si qualifica come principio normativo, divenendo, inoltre, uno strumento fondamentale per l'individuazione dei limiti quantitativi e qualitativi dei poteri di scelta riservati dall'ordinamento. Cfr sul punto G. Tesauro, *Il Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2011.

[9] Trattandosi di disposizioni «volte a definire il regime giuridico di soggetti diversi di diritto privato» (Corte cost., sentenza n. 227 del 2020); alla «tutela della concorrenza», in considerazione dello scopo di talune disposizioni di «evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali» (sentenza n. 251 del 2016).

[10] Sul punto si era anche espressa l'Adunanza plenaria del Cons. Stato che con sentenza 3 giugno 2011, n. 10, osservava come «L'evoluzione normativa mostra un netto sfavore per la costituzione e mantenimento di società da parte di enti pubblici, persino per quanto riguarda gli enti locali, nonostante il loro riconoscimento costituzionale come enti territoriali autonomi a fini generali, e persino quando si tratta di società create per i fini istituzionali dell'ente».

[11] Cfr. sul punto E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, 2020; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio, in Costituzionalismo.it*, n. 1/2015.

[12] F. SUCAMELI, ***Le funzioni di controllo della Corte dei conti in materia di società partecipate dagli enti territoriali. Profili sostanziali e processuali*****, in Bilancio Comunità Persona, 2020.** L'A. prosegue affermando: «*per principio generale dell'ordinamento giuridico, vi è infatti una tendenziale corrispondenza biunivoca tra soggetto di diritto, patrimonio e bilancio (che è lo strumento di rappresentazione e gestione del secondo); di conseguenza, la creazione di organismi partecipati per lo svolgimento di specifiche funzioni e servizi che ricadono tra gli scopi del bilancio pubblico,*

In sostanza, le relazioni finanziarie che si determinano tra ente azionista e società partecipata possono nascondere gestioni senza copertura, capaci di incidere, nel tempo, sulla continuità dei servizi affidati e, di rimbalzo, sul bilancio dell'ente *dominus,* chiamato a ripianare perdite. Una gestione, cioè, in contrasto col nuovo quadro costituzionale delineato dalla riforma del 2012 che introduce il principio dell'equilibrio di bilancio per tutte le pubbliche amministrazioni, a prescindere dalla forma giuridica adottata (in linea con il diritto dell'unione europea, art. 97 comma 1 Cost. e Reg. 549/2003, c.d. SEC 2010).

Per tale ragione il legislatore che è intervenuto con il d.l. n. 174/2012 per rafforzare il controllo esterno della Corte dei conti sia sui bilanci e sulla gestione degli enti locali, ha modificato e introdotto gli artt. 148 e 148-bis Tuel, che estendono l'area del controllo agli enti partecipati, nella misura in cui la loro gestione può pregiudicare, "anche in prospettiva", equilibrio e sostenibilità finanziaria del ciclo di erogazione di servizi e funzioni[13].

2. Un nuovo controllo di legittimità-regolarità

Sulla scia di tali riforme si pone il nuovo [14]art. 5 del Tusp che prima della modifica imponeva alle Amministrazioni pubbliche di inviare alla Corte dei conti l'atto con cui deliberavano la costituzione della nuova società o l'acquisizione di una partecipazione, diretta o indiretta, ma solo per mere "finalità conoscitive". La norma richiede di riscontrare la compatibilità della scelta organizzativa con

produce una rottura dell'universalità del bilancio alla stregua di una contabilità speciale o di una gestione fuori bilancio. Più prosaicamente, la creazione di un nuovo soggetto di diritto con un patrimonio destinato e riservato alla realizzazione di specifiche funzioni e servizi menoma la capacità autorizzatoria e rendicontativa del bilancio pubblico che non può più limitare, in sede autorizzativa, la spesa degli organismi partecipati: il bilancio pubblico si limita a stabilire quali sono i flussi finanziari posti disposizione degli organismi partecipati, che diventano erogatori di spesa di secondo livello; le decisioni di spesa sono poi assunte liberamente dal management *del soggetto partecipato, senza incontrare alcun limite giuridico di scopo e di quantità*».

[13] Sempre in quest'ottica, sono stati elaborate nuove forme di contabilità, i "consolidati", che consentono di riscontrare gli equilibri del "gruppo municipale" attraverso l'armonizzazione dei conti (art. 233-bis Tuel, artt. 11-bis, 11-ter e 11 quater, e art. 68 del d.lgs. n. 118/2011 e nell'Allegato 4/4 del d.lgs. 118/2011). Il Bilancio Consolidato ha lo scopo di "rappresentare in modo veritiero e corretto la **situazione finanziaria e patrimoniale e il risultato economico della complessiva attività svolta dall'Ente** attraverso le proprie articolazioni organizzative, i suoi enti strumentali e le sue società controllate e partecipate." L'Ente Locale funge dunque da capofila e deve aggregare i numeri del proprio bilancio con quelli dei bilanci delle società controllate o partecipate. L'obiettivo è quello di avere una rappresentazione globale del patrimonio del Gruppo Amministrazione Pubblica (GAP).

[14] Con le deliberazioni n. 135/2022/QMIG del 4 ottobre 2022 della Sezione regionale di controllo per il Veneto e n. 124/2022/QMIG del 6 ottobre 2022 della Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, sono state rimesse al Presidente della Corte dei conti alcune questioni di massima inerenti all'interpretazione dell'art. 5, commi 3 e 4 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ("Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", di seguito anche TUSP), come novellato dall'art. 11, comma 1, lett. a), della legge 5 agosto 2022, n. 118 riassumibili sinteticamente in *1) se indipendentemente dal nomen juris utilizzato dal legislatore, il pronunciamento sull'atto deliberativo dell'Amministrazione sia ascrivibile all'attività di controllo o all'attività consultiva e, in tale ultimo caso, se il novellato art. 5 del TUSP abbia introdotto un nuovo genere di attività consultiva di cui vanno individuati i parametri essenziali di riferimento; 2) se, in mancanza di espressa previsione normativa, in caso di atti non sufficientemente motivati o documentalmente carenti, sia consentito alla Sezione competente lo svolgimento di attività istruttoria e in quali termini; 3) se, alla luce dei criteri di controllo introdotti dalla novella legislativa, l'attività di verifica delle Sezioni di controllo debba essere limitata ai soli provvedimenti trasmessi dalle amministrazioni ovvero debba estendersi fino a ricomprendere altri atti ed elementi (indicati nella parte motiva della delibera, al punto V, rubricato "Sulla perimetrazione dell'attività di controllo") e, in caso affermativo, entro quali limiti. Abbandonata la finalità meramente conoscitiva, la trasmissione alla Corte esita in una "pronuncia" della stessa qualificata dal legislatore come "parere", accentuando la natura consultiva, piuttosto che di controllo. Osservano le Sezioni riunite che 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 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. Le Sezioni riunite hanno individuato, nella nuova funzione, "una peculiare forma di controllo" piuttosto che un'attività consultiva.*

i principi[15] di efficienza, efficacia ed economicità; pertanto, si lega con tutta evidenza alla stessa verifica "prospettica" degli equilibri, contemplati dagli artt. 148 e 148-bis Tuel.

Il procedimento di controllo non può pertanto prescindere da una fase istruttoria, non può cioè limitarsi ad un mero riscontro formale della motivazione[16]. Come messo recentemente in evidenza dalla Sezione di controllo per l'Emilia-Romagna (delib. n. 32/2023), lo strumento di indagine privilegiato nella prassi è il *Business Plan* della società, già richiamato dall'art. 14 del TUSP. L'obiettivo dell'indagine sarà quello di accertare lo stato di salute dell'ente "*target*", per scongiurare l'esistenza di "gravi patologie" capaci di portare al c.d. *"soccorso finanziario"*, vietato ai sensi dell'art. 14 comma 5 del Tusp.

L'art. 5, per un verso, pone un chiaro rapporto tra un oggetto (la scelta amministrativa compiuta con l'atto trasmesso) e specifici parametri. La struttura binaria[17] del giudizio (vero/falso: legittimo/illegittimo), pertanto, non può che condurre a pronunce di accertamento attraverso cui il giudice applica la legge al caso concreto, a valle di un procedimento sillogistico. L'esito di tale controllo è quindi di tipo "dicotomico", dovendo condurre a un giudizio di legittimità o di illegittimità, possibile soltanto laddove sia presente e chiaro un parametro normativo al quale sottoporre la verifica dell'atto, in linea con la giurisprudenza costituzionale sui controlli di legittimità-regolarità (sent. n. 60/2012, nn. 39 e 40/2014).

La domanda che retoricamente ci si deve porre, peraltro, è: il parametro dell'art. 5, comma 3, TUSP, che chiama il giudice a verificare la "compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa", è effettivamente un parametro (solo) giuridico?

Nel parere n. 59/2023/PASP della Sezione regionale di controllo per il Lazio, la risposta alla domanda è certamente positiva, non senza, però, averne chiarito il senso, sovrapponendo tali criteri, con un sindacato di "proporzionalità" della scelta amministrativa. In quest'ottica con l'art. 5 viene introdotto un giudizio che non sembra limitarsi a "*valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico*" (Corte costituzionale, sentenza n. 226 del 1976). Il controllo sembra puntare ad un giudizio di opportunità, sul piano della convenienza economica e della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate.

Il parere percorre invece un percorso argomentativo che giunge a neutralizzare completamente la decisione. Nella prospettiva del giudice contabile, non si può trattare di un controllo di gestione sulla efficacia, efficienza ed economicità, nel senso dell'art. 3 della l. n. 20/1994, in quanto quel tipo di controllo presuppone una gestione in corso e quindi una valutazione ex post delle "*performance*" raggiunte dall'amministrazione. Qui la gestione non c'è ancora stata, esiste un atto, una situazione

---

[15] Cfr. C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria,* in *Costituzionalismo.it, n. 1/*2020 e ID, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il Rule of Law a protezione del bilancio*? In *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2022; F. SUCAMELI, *Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio,* in *Federalismi*. it, n. 36/2020; A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla responsabilità costituzionale e democratica e intergenerazionale*, in *Giur.Cost*., n. 1/2019; G. BOGGERO, La Corte costituzionale mette un freno al *deficit spending* degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future, in Diritticomparati.it, 2019; F. S. ALTAVILLA, *La sentenza di San Valentino. La Corte costituzionale e il controllo "neocavouriano" della Corte dei conti a tutela del bilancio bene pubblico e delle generazioni future*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2019.

[16] Sulla portata di detto onere motivazionale, tra l'altro, la Magistratura contabile, proprio nella materia societaria ha già avuto modo di specificare che esso non è assolto quando l'atto deliberativo contiene mere ripetizioni del dato legale o affermazioni apodittiche; al contrario, l'obbligo della motivazione può essere considerato compiuto anche se essa è sintetica, purché capace di disvelare l'iter logico e procedimentale attraverso il quale si è proceduto alla scelta. Cfr. *ex multis* C. conti, sez. contr. Lombardia/6/2017/VSG che richiama Sez. contr. Lombardia deliberazioni n. 975/2009, n. 830/2010 e 831/2010).

[17] Cfr. F. SUCAMELI, *Il Giudice del bilancio nella costituzione italiana*, Editoriale scientifica, 2022, p. 158.

economico-finanziaria oggettiva, infine, dei vincoli normativi, che sono dati dall'equilibrio di bilancio e dal precetto di necessità (che altro non è che un corollario del principio di proporzionalità).

Il controllo intestato alla Corte dei conti dall'art. 5 del Tusp, pertanto, non supera lo steccato della "convenienza", "opportunità" e quindi del "merito" amministrativo, ma si autoperimetra, rimanendo dentro lo stretto sentiero della legittimità.

3. I vincoli tipologici e finalistici come limite al potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione. L'onere motivazionale aggravato.

Le società a partecipazione pubblica *"costituiscono un particolarissimo sottotipo del genus società di capitali, una sorta di transgender in cui si assiste, a ragione della pervasiva infiltrazione della disciplina pubblicistica ad un marcato allontanamento rispetto al modello privatistico. Il che, al di là delle rassicuranti affermazioni della giurisprudenza amministrativa circa la compatibilità tra interesse pubblico e scopo lucrativo, nella prassi pone agli operatori non solo complessi problemi esegetici della normativa, ma anche apre inattesi potenziali conflitti nella gestione di tali particolarissime imprese*"[18].

Scegliere la forma societaria tra gli assetti di *governance* astrattamente messi a disposizione dall'ordinamento, impone il rispetto del complesso sistema delle società commerciali e della relativa regola di governo della concorrenza messa in pericolo dall'inserimento di un soggetto pubblico scollegato dai vincoli di perseguimento dell'utile particolare. Il principio di autorganizzazione che per i privati opera in senso assoluto, per le pubbliche amministrazioni deve rimanere agganciato al principio di legalità e, allo stesso tempo (per lo stesso principio citato) deve rimanere ancorato alla "causa" concreta[19], ossia, all'esigenza di realizzare il *munus* pubblico.

Ed infatti, l'art. 2, comma 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, stabilisce che le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione.

Tanto premesso, occorre precisare che, in linea generale, il diritto europeo [20]non indica una netta preferenza tra autoproduzione (anche nella forma *in house*) e ricorso al mercato per l'erogazione dei servizi pubblici: la decisione se produrre direttamente un servizio ("*make*") o acquistarlo sul mercato con un'operazione di esternalizzazione ("*buy*") è rimessa al diritto nazionale[21].

---

[18] Cfr. U. PATRONI GRIFFI, *Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, pag. 195 e ss; R. CAMPORESI, *Profili economici degli oneri di motivazione analitica e obblighi di dismissione*, in R. CANTONE - A. CATRICALÀ - F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2020.

[19] Sul tema della causa concreta, in generale, cfr. M. GIORGIANNI sulla *Causa (Diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano 1960, p. 547 ss. e da R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, p. 580 ss. In materia contabile, il motivo pubblico (ossia la causa del potere amministrativo, a monte di quello negoziale) entra nel tessuto connettivo del negozio. In uno specifico precedente, la Corte dei conti (Sez. reg. controllo per la Lombardia n. 515/2013/PRSP) ha considerato un abuso della libertà negoziale, corruttiva della causa concreta del negozio, la creazione di appositi organismi giuridici con personalità giuridica autonoma, allo scopo di eludere il patto di stabilità. La Corte si preoccupa di precisare che tale illiceità non è astratta, ma riguarda il singolo negozio a seconda della dinamica alla base della sua nascita; esamina infatti il contegno amministrativo precedente (le deliberazioni del consiglio comunale e la determinazione a contrarre), nonché i negozi collegati (nel caso citato, un contratto di anticipazione di credito ed una garanzia atipica, in forma di lettera di patronage forte, rilasciata dal Comune) nonché il contegno successivo (l'evidente accollo dell'indebitamento che però non risulta dal bilancio dell'ente territoriale, consentendogli di sanare, fittiziamente il saldo obiettivo del patto di stabilità).

[20] Cfr. Corte giust. UE, sez. I, sent. 24 luglio 2003, Altmark; Cfr sul punto Mattei-Gallarati-Pugno-Rosboch, *I Monopoli pubblici, i giudici della legge e la Costituzione economica*, in Aa.Vv., *Impresa pubblica ed intervento dello Stato nell'economia* (a cura di Di Raimo-Ricciuto), Napoli, 2006; P.G. Jaeger, Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia, in Giur. comm., 1992.

[21] Le cose cambiano per il diritto interno, quando l'autoproduzione passa dalla costituzione di una società partecipata corrispondente al c.d. modello "*in house*".

Il Tusp non stabilisce espressamente una gerarchia tra le due scelte che sembrerebbero, *prima facie*, equivalenti.

Solo che poi: a) richiede che l'opzione in concreto scelta sia quella più efficiente, efficace e razionale sotto un profilo economico per il perseguimento [22]dei fini istituzionali dell'Ente, nel rispetto del principio di concorrenza[23] ed aiuti di Stato[24], b) prevede una limitazione all'oggetto sociale (art. 4, comma 4, TUSP), meno ampio di quello possibile per le altre società partecipate a regime partecipativo misto.

In altri termini, da un lato, si è progressivamente affermata la convinzione per cui il conseguimento degli interessi generali di ogni amministrazione possa essere validamente perseguito anche mediante l'utilizzo di moduli organizzativi di stampo privatistico, con l'affermazione (prima giurisprudenziale, poi legislativa) del c.d. principio della "neutralità della forma giuridica" rispetto alle finalità e alle prerogative istituzionali.

Per altro verso, il legislatore ha circondato tale "libertà di scelta" con numerosi limiti, conferendo a tale ipotesi il carattere di *extrema ratio.*[25] La più penetrante si trova nel Codice dei contratti che, a norma dell'art. 192, dispone che "*Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità' economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità' e di qualità' del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

Inoltre, la verifica sulla compatibilità finanziaria tra il modello societario prescelto e le finalità istituzionali dell'ente socio impone il rispetto dei vincoli tipologici (art. 3 TUSP) e finalistici (art. 4 TUSP) per la costituzione di società o per l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche, nonché per l'alienazione di partecipazioni.

Più nel dettaglio, l'art. 4, al comma 1, impone alle amministrazioni un vincolo di "scopo" che si traduce nel divieto di costituire, anche indirettamente, società aventi per oggetto attività di produzione

---

[22]Cfr. sul punto S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati*" in *Giornale di diritto amministrativo,* 2004; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici di buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016; G. CHEVALLIER, *La giuridicizzazione dei precetti manageriali*, in *Problemi di amministrazione pubblica,* 20/1995.

[23] Per contrastare gli abusi negli anni più recenti sono state introdotte numerose leggi ispirate a tre obiettivi principali: prevenire distorsioni della concorrenza limitando al massimo la possibilità delle pubbliche amministrazioni di operare con proprie società in ambiti propriamente di mercato. Si rinvia sul punto Cfr. M. CAMMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo),* in *Enc. dir.,* Ann. V, Milano, 2012; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo, Il Mulino*, 2022; considerazioni analoghe sono rinvenibili anche in M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in Dir. amm., 2009.

[24] La valutazione dell'Amministrazione in merito alla compatibilità dell'intervento con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese (artt. 107 e 108 TFUE) deve essere supportata da un'adeguata attività istruttoria, tesa ad evidenziare l'assenza di potenziali rischi di lesione della concorrenza che il legislatore intende presidiare (cfr. ex *plurimis*, Corte Cost., sentenza n. 142/2018). Atteso il riparto di competenze e il perimetro del sindacato tra le differenti Istituzioni e plessi magistratuali, anche sovranazionali, lo scrutinio *funditus* dei predetti profili fuoriesce dalla cognizione della Corte, limitandosi quest'ultima, in questa sede, a rappresentare esclusivamente l'assenza di un'adeguata motivazione sia nella deliberazione in oggetto, sia negli allegati richiamati; l'onere motivazionale non può infatti tradursi in un enunciato apodittico, ritenendosi assolto da un mero richiamo all'osservanza della legislazione europea e nazionale vigente, cui peraltro ogni azione pubblica deve già di per sé conformarsi

[25] Cfr C. GARILLI, *Le società in house tra autoproduzione e mercato*, in *Le società a controllo pubblico,* a cura di R. Ursi e M. Perrino, Giappichelli Editore, 2020; G. D'ATTORRE E C. PECORARO, *Le società pubbliche nel mercato: introduzione*, in F. VELLA - A. GUCCIONE - G. D'ATTORRE - C. PECORARO (a cura di), *Le società di diritto speciale*, Milano, 2022.

di beni e servizi "non strettamente necessarie[26]" per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nonché di acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Il comma 2 impone un secondo vincolo, per "oggetto". Esso riguarda la natura dell'attività che può essere inserita nello statuto della partecipata e che può essere svolta in concreto. Sono infatti permesse le società che svolgono «esclusivamente» a) la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; c) la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato pubblico-privato; d) l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni; e)i servizi di committenza.

Si tratta di una libertà di autorganizzazione "limitata" da esercitarsi in un perimetro vigilato dal principio di legalità[27].

4. La natura degli atti deliberativi di costituzione delle società. La duplice fase di valutazione.

L'esercizio della capacità organizzativa[28] di diritto societario della P.A. rappresenta l'ambito in cui si è rilevato il fenomeno di progressiva erosione della dicotomia tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato, la cui origine va rinvenuta nel fatto che, con l'avvento dello Stato sociale, il compito prevalente assegnato oggi all'operatore pubblico non è più tanto quello di emanare provvedimenti, quanto piuttosto quello di erogare servizi per il soddisfacimento di bisogni pubblici.

---

[26] In proposito, in accordo con la costante giurisprudenza amministrativa, per necessità non si intende indispensabilità (necessità assoluta) ma una necessità relativa, nel senso di dimostrabile e dimostrata maggiore idoneità della partecipazione ad assolvere al compito pubblicistico di fornire un servizio di interesse generale in modo qualitativamente più adeguato e a condizioni economiche più favorevoli rispetto all'ordinaria modalità esternalizzatrice (un "*qualificato nesso*", basato su "*reali necessità istituzionali degli enti*", Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1572 e n. 1573).

[27] Sul principio di legalità esteso anche alle attività di diritto privato della pubblica amministrazione, cfr. *Scritti in onore di Lorenza Carlassare,* a cura di GIUDITTA BRUNELLI ANDREA PUGIOTTO PAOLO VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere delle fonti del diritto estratto*, Jovene Editore.

[28] Cfr M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche, Milano, 2 ediz.,201;* M. CLARICH, *Privatizzazione di imprese ed attività economiche*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996; AMICONI, *Enti pubblici e privatizzazione*, in *Foro amm.*, 1999, 1656;F. BONELLI-ROLLI, voce «Privatizzazioni», in *Enc. giur.*, IV, agg., Milano, 2000, 994 e ss.; A. PISANESCHI, voce «Privatizzazioni», in *Dig. disc. pubb.*, agg., Torino, 2000; PAVONE LA ROSA, *La costituzione di società per azioni nelle procedure di privatizzazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; M. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.: contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; M. DI LULLO, *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) «pubbliche amministrazioni»*, in *Dir. amm.*, 2013; M. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*; S. CASSESE, *I caratteri originari e gli sviluppi attuali dell'amministrazione pubblica italiana*, in *Quad. cost.*, 1987; G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale* (a cura di Cassese), vol. I, Milano, 2003, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996. M. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1997, 4 e ss.; L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche*, in DE NICTOLIS-CAMERIERO, *Le società pubbliche* in house *e miste*, Milano, 2008, 1 e ss; M. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958; E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977; S. CASSESE, *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in *Econ. pubbl.*, 1985, 1-2, 3 e ss.; Id., *L'impresa pubblica come strumento e oggetto della politica economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 722 ss.; LACAVA, *L'impresa pubblica*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, t. IV, Milano, 2003, 3901 ss.; G.P. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013; MERUSI-IARIA, voce «Partecipazioni pubbliche», in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 4; F.A.ROVERSI MONACO, *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, vol. III, Milano, 1987, 478 e ss.; G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; Fracchia, voce «Imprese pubbliche regionali e locali», in *Enc. giur.*, XVII, agg., Roma, 2009.

Ne è scaturito il proliferare di ipotesi di interferenza tra diritto privato e diritto amministrativo, che hanno investito la pubblica amministrazione, nei profili di azione ed organizzazione, con tutte le incertezze di carattere interpretativo che inevitabilmente ne conseguono[29].

Interferenza che si declina e traduce anche nella costituzione di una società a partecipazione pubblica, in cui si deve rispettare, in termini di procedimento, l'art. 7 del TUSP e consta di due distinti momenti provvedimentali che esitano, il primo, in un atto amministrativo mediante il quale l'amministrazione pubblica delibera la costituzione della società e, il secondo, in un atto privatistico di natura negoziale che assurge ad atto costitutivo della medesima.

Dal punto di vista del procedimento costitutivo, la giurisprudenza[30] ha rilevato in materia di costituzione di società pubbliche l'esistenza di una duplice fase di valutazione[31]: la prima riguarda la scelta pubblica, con la ponderazione degli interessi pubblici coinvolti (fase amministrativa *strictu sensu*); la seconda, invece, riguarda l'operazione negoziale di costituzione della società, con la connessa declinazione statutaria (fase negoziale), funzionale all'individuazione degli assetti societari, giuridici e di *governance*, funzionali al perseguimento gli interessi pubblici individuati come prevalenti.

La struttura bifasica del procedimento e delle manifestazioni di volontà della pubblica amministrazione è scolpita in maniera efficace dal Consiglio di Stato[32], Ad. Pl., nella sentenza 3 giugno 2011, n. 10 che così decide "*Il collegio ritiene condivisibili gli argomenti giuridici contenuti nella sentenza di primo grado e nell'ordinanza di rimessione, spesi per affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima. Tali atti prodromici vanno, sul piano logico,*

---

[29] Sul punto Cfr M. SCIASCIA, I*l potere organizzatorio delle pubbliche amministrazioni nell'ambito dell'azionariato pubblico,* Diritto e processo amministrativo *Rivista trimestrale* Anno XI – n. 4/2017

[30] Cons. Stato, Ad. Pl., nella sentenza 3 giugno 2011, n. 10. *Urb. e app.*, 2011, 1465 (con nota di Spuntarelli, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle università*). In dottrina, v. ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica*, in *www.giustamm.it*, 2009; Ibba, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in *www.giustamm.it*, 2011, 1; MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema*, in Aa.Vv., *Le società "pubbliche"* (a cura di Ibba-Malaguti-Mazzoni), Torino, 2011, 69 e ss.; POLITO, *Le società pubbliche tra problemi attuali e prospettive future*, in *Riv. Corte conti*, 2013, 3-4, 572 e ss.; VOLPE, *Le società pubbliche e l'evoluzione normativa*, in *www.giutizia-amministrativa.it*, 2014.

[31] **A tal riguardo le Sezioni riunite, con deliberazione n.16/SSRRCO/QMIG/2022 osservano "***L'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola 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 in uno dei tipi societari, tra quelli ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica (Corte di Cassazione ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché Corte di Cassazione sentenza n. 30167/2011; Tale distinzione costituisce ius receptum nella giurisprudenza sia della Corte di Cassazione (Corte di Cassazione ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché Corte di Cassazione sentenza n. 30167/2011) sia 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, mentre quello sulla seconda, avente ad oggetto l'attuazione privatistica, alla giurisdizione ordinari".*

[32] Allo stesso modo, per le sezioni unite della Corte di Cassazione "*in tema di società per azioni a partecipazione ma maggioritaria del comune, le delibere comunali con le quali sono decise la riduzione della partecipazione azionaria, l'emissione di un prestito obbligazionario, nonché le modifiche da adottarsi nello statuto rispetto alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione costituiscono provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie, espressione della funzione di indirizzo e di governo del comune rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di pertinenza del medesimo ente; ne consegue che le controversie relative all'annullamento delle suddette delibere (nella specie proposte da azionisti di minoranza e da associazioni di azionisti e consumatori) spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo*" [Cass., sez. un., 3 novembre della quinta sezione che hanno attratto alla giurisdizione amministrativa l'atto di autotutela pubblicistico di ritiro della delibera di costituzione di una società mista [Cons. St., sez. V, 1 luglio 2005 n. 3672; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004 n. 27 14; in senso opposto Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867].

cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società). Gli atti prodromici attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico societario. Mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo".

Detto in altri termini, il procedimento ex art 7 TUSP ricalca uno schema logico-giuridico ricorrente e costante in presenza di una attività negoziale [33]della pubblica amministrazione. Tale schema ha una "doppia anima": la prima orientata a definire lo scopo pubblico (l'evidenza pubblica[34], che esita nella delibera a contrarre), la seconda orientata a formare (il procedimento di selezione del contraente) e stipulare il negozio, costruendo la sua causa concreta, in cui confluisce l'interesse definito nella fase pubblicistica.

Aggiunge la giurisprudenza, (seppur con riferimento agli atti di dismissione delle partecipazioni), che il provvedimento amministrativo a monte dell'operazione non è "…*né un atto politico, né un atto di alta amministrazione. L'atto politico, invero, si connota per un requisito soggettivo, ovverosia la promanazione dell'atto da un organo di vertice della Amministrazione, preposto all'indirizzo e alla direzione dell'Ente, e per un requisito oggettivo, vale a dire l'attenere l'atto alla costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione (cfr., T.A.R. Valle d'Aosta, sentenza n. 88/2015). Detto requisito oggettivo non è riscontabile nella deliberazione consiliare qui gravata. A sua volta, l'atto di alta amministrazione, pur vincolato nei fini a differenza dell'atto politico, si caratterizza per l'amplissima discrezionalità (tipica, ad esempio, negli atti di nomina): amplissima discrezionalità che non pare ravvisarsi nel caso di specie, avendo il legislatore – come meglio si vedrà nel prosieguo – perimetrato e indirizzato la scelta dell'Amministrazione in tema di partecipazioni societarie. Peraltro, anche gli atti di alta amministrazione soggiacciono all'obbligo generale di motivazione posto dall'articolo 3 L. n. 241/1990 (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I^, sentenza n. 9505/2014). Il che consente anche di superare l'obiezione per cui a dover essere motivata era la sola decisione di mantenere la partecipazione societaria, non quella della dismissione. Tutti gli atti amministrativi, ad eccezione di quelli normativi e di quelli a contenuto generale (e tale non è quello qui in esame), devono indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato l'Amministrazione. Non esistono*

---

[33] G.BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa, in Scritti in onore di Giannini*, Volume II, Giuffrè, Milano 1988; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo, Giuffrè*, Milano 1993 pag. 345 che definisce l'attività amministrativa di diritto privato come "attività amministrativa in senso proprio, cioè attinente alla cura di interessi pubblici nel senso più preciso di interessi della collettività: solo che si svolge mediante istituti e norme di diritto privato"; R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di Diritto Amministrativo, Giuffrè* editore 2007.

[34] Cfr F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo* XI edizione, *Dike*, Roma 2017. La normativa interna di evidenza pubblica risale agli ordinamenti preunitari e trova una conferma nella Legge di contabilità di Stato (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) e nel relativo Regolamento (R.D. 23 maggio 1924, n. 827). Essa aveva il chiaro intento di tutelare l'interesse della P.A., imponendo una procedura pubblicistica volta ad assicurarle la stipulazione del contratto con il contraente più idoneo e, dunque, il conseguimento della migliore prestazione alle condizioni economicamente più favorevoli. In questo senso l'evidenza pubblica nazionale appariva incentrata sull'interesse della P.A., mentre l'interesse dei contraenti a vedere correttamente valutate le proprie offerte era un interesse solo occasionalmente protetto. Cfr anche F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo,* op. cit, 2013 pag. 56 "Se nei rapporti privati vige un regime di assoluta libertà per quanto attiene alla scelta del contraente, non essendo la stessa assoggettata ad alcune regola, procedura o dovere di motivazione e si registra una irrilevanza della fase che precede la stipulazione contrattuale (salvi gli obblighi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.) lo stesso non può dirsi per quanto attiene ai contratti in cui è parte una P.A.. Ciò in quanto, il privato, adoperando risorse proprie è totalmente libero nell'esercizio della sua autonomia privata; l'Amministrazione, invece, anche quando ricorre agli strumenti privatistici, realizza un'attività pur sempre volta all'interesse pubblico, per mezzo di risorse pubbliche.

nel nostro ordinamento atti amministrativi cd. a motivo libero (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I^, sentenza n. 2697/2012).

In conclusione, come si evince dalle disposizioni di cui all'art. 5 Tusp, ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una Società (o l'acquisto di partecipazioni) avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge, il contenuto della motivazione che l'amministrazione è tenuta a fornire nell'atto deliberativo risulta articolato e complesso perché deve dare conto della sussistenza dell'interesse pubblico e la sua coerenza con i limiti di legge, che in questo caso sono molto articolati.

Si spiega così la presenza della "motivazione analitica" (art. 5 TUSP). [35] L'unica differenza con una generica determinazione a contrarre *ex* art. 32 d.lgs. 50/2016, è che la questione attiene a profili organizzativi e, di conseguenza, investe profili di alta amministrazione**.**

Gli aspetti più politici sono neutralizzati da una serie di vincoli, che il parere in commento definisce di oggetto e di effetto. Il riscontro del mancato di rispetto di tali vincoli comporta l'emissione di un parere negativo che può comportare il rinnovo della procedura della prima fase. [36]

Il parere sottolinea che entrambi i sistemi di vincoli sono espressione della deroga al principio di universalità del bilancio, facendone discendere delle importanti conseguenze in merito al contenuto

[35] La *ratio* della norma richiamata è chiarita dalla Relazione illustrativa del Governo al TUSP: "…. *vengono legificati i Principi dettati dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria, prevedendo che l'atto deliberativo, che ovviamente è diverso dall'atto costitutivo della Società (chiarimento apportato in accoglimento del Parere del Consiglio di Stato), debba essere motivato con riferimento alla necessità della Società per il perseguimento delle finalità istituzionali previste dall'art. 4, evidenziando altresì gli obiettivi gestionali cui deve tendere la Società stessa, sulla base di specifici parametri qualitativi e quantitativi, nonché le ragioni e le finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate (non si è ritenuto di accogliere la proposta della Conferenza Unificata di espungere tale ultimo riferimento, in quanto si tratta di un'opportuna precisazione relativa al generale obbligo di motivazione), nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione, inoltre, deve dare adeguato conto della compatibilità della scelta con i Principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*

[36] Il comma 4 dell'art. 5, individua la competenza territoriale delle Sezione della Corte dei conti, la procedura da adottare nonché le conseguenze di un parere parzialmente o interamente negativo: "*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*.

nel nostro ordinamento atti amministrativi cd. a motivo libero (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I^, sentenza n. 2697/2012).

In conclusione, come si evince dalle disposizioni di cui all'art. 5 Tusp, ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una Società (o l'acquisto di partecipazioni) avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge, il contenuto della motivazione che l'amministrazione è tenuta a fornire nell'atto deliberativo risulta articolato e complesso perché deve dare conto della sussistenza dell'interesse pubblico e la sua coerenza con i limiti di legge, che in questo caso sono molto articolati.

Si spiega così la presenza della "motivazione analitica" (art. 5 TUSP). [35] L'unica differenza con una generica determinazione a contrarre *ex* art. 32 d.lgs. 50/2016, è che la questione attiene a profili organizzativi e, di conseguenza, investe profili di alta amministrazione**.**

Gli aspetti più politici sono neutralizzati da una serie di vincoli, che il parere in commento definisce di oggetto e di effetto. Il riscontro del mancato di rispetto di tali vincoli comporta l'emissione di un parere negativo che può comportare il rinnovo della procedura della prima fase. [36]

Il parere sottolinea che entrambi i sistemi di vincoli sono espressione della deroga al principio di universalità del bilancio, facendone discendere delle importanti conseguenze in merito al contenuto

[35] La *ratio* della norma richiamata è chiarita dalla Relazione illustrativa del Governo al TUSP: "…. *vengono legificati i Principi dettati dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria, prevedendo che l'atto deliberativo, che ovviamente è diverso dall'atto costitutivo della Società (chiarimento apportato in accoglimento del Parere del Consiglio di Stato), debba essere motivato con riferimento alla necessità della Società per il perseguimento delle finalità istituzionali previste dall'art. 4, evidenziando altresì gli obiettivi gestionali cui deve tendere la Società stessa, sulla base di specifici parametri qualitativi e quantitativi, nonché le ragioni e le finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate (non si è ritenuto di accogliere la proposta della Conferenza Unificata di espungere tale ultimo riferimento, in quanto si tratta di un'opportuna precisazione relativa al generale obbligo di motivazione), nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione, inoltre, deve dare adeguato conto della compatibilità della scelta con i Principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*

[36] Il comma 4 dell'art. 5, individua la competenza territoriale delle Sezione della Corte dei conti, la procedura da adottare nonché le conseguenze di un parere parzialmente o interamente negativo: "*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*.

dei parametri evocati[37], integrando la necessità del parametro dell'art. 192[38], comma 2, del d.lgs 50/2016, dentro a quello della "necessità" e della "sostenibilità finanziaria".

5. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: limiti al sindacato giudiziario.

A questo punto, chiarito che non è un atto politico, ma un atto amministrativo discrezionale[39], resta da indagare come la vicinanza alle scelte politiche influisca sulla profondità del sindacato giudiziario della scelta effettuata.

Il tema della discrezionalità amministrativa assume da sempre un ruolo fondamentale per l'ordinamento giuridico considerato il suo collocarsi al crocevia nel travagliato rapporto tra legge, amministrazione e giudice.

Come è noto, la dottrina ha chiarito che l'attività discrezionale[40], a differenza di quella politica, non può essere libera nel fine, in quanto "limitata" dal principio di legalità.

In questa cornice, la comunità degli interpreti si è attardata a sottolineare[41] che la discrezionalità rappresenta, per la pubblica amministrazione dello Stato di diritto, una fondamentale tecnica di esercizio della legalità che presiede e tutela la decisione amministrativa dall'arbitrio e dalla sottrazione al canone generale della ragionevolezza.

---

37 La separazione dal bilancio del servizio esternalizzato all'organismo partecipato (ed al suo proprio bilancio) non consente all'ente *dominus* di valutare, se non a distanza di tempo, l'inefficienza della spesa complessiva di sistema. principio dell'universalità del bilancio (cfr. art 24 della L. n. 196/2009 e All. 1 del D.lgs. n. 118/2011) stabilisce che tutte le entrate e tutte le spese dello Stato e delle pubbliche amministrazioni in generale devono trovare adeguata collocazione nel bilancio pubblico, nell'intento di fornire un quadro fedele e completo, universale appunto, dell'attività concernente la provvista finanziaria complessivamente disponibile per la realizzazione degli scopi pubblici. Sono pertanto vietate, in via di principio, le c.d. gestioni extra-bilancio, cioè quelle costituite con fondi pubblici, ma amministrati al di fuori del bilancio e delle norme che ne regolano l'esecuzione, cfr. D. DA EMPOLI – P. DE IOANNA – G. VEGAS, *Il bilancio dello Stato. La finanza pubblica tra Governo e Parlamento*, Milano, 2005. Cfr. altresì G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2016. Sul collegamento tra universalità e democrazia cfr. M. LAZE, *Decisione di bilancio, principio democratico e revisione della costituzione repubblicana*, in *Gruppo di Pisa. La Rivista*, n. 3/2013; P. IAMICELI, *Unità e separazione di patrimoni*, Padova, 2003, 13 ss.; F. Ferrara, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 1911, p. 669, L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998; P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

38 Di recente, la Corte costituzionale è stata investita di una questione concernente la legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti danno conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento in house, delle ragioni del mancato ricorso al mercato. Le critiche mosse avverso tale disposizione di legge attengono alla presunta violazione dell'art. 76 della Costituzione, in relazione ai criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 1, lettere a) ed eee), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture).

39 A. POLICE "*La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*," nella Collana *Problemi attuali di diritto amministrativo* (V. Spagnuolo Vigorita e R. Marrama diretto da), Napoli, 1997.

40 M.S. GIANNINI, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Giuffrè Editore, Milano, 1939, p. 62: *"il vizio di quel ragionamento consiste nel qualificare l'attività discrezionale come libera, mentre va solamente qualificata come attività in cui si esercita un potere discrezionale. Il potere discrezionale è caratterizzato da un apprezzamento che si traduce in un giudizio necessario per garantire l'optimum nella cura dell'interesse pubblico. Ma l'optimum rispetto ad un pubblico interesse "determinabile nella sua nuda oggettività, come "pubblico" oppure attraverso i misteri delle norme tecniche.*

41 Cfr. P. COTZA, *Emeneutica-Dogmatica e discrezionalità della pubblica amministrazione*, Jovene Editore, Napoli, 2020.

Il principio di legalità assolve la funzione di limitare e incanalare l'attività dello Stato verso la realizzazione dell'interesse dello Stato medesimo e in tale procedura l'"amministrazione si pone come interprete e attuatrice, subordinata ma essenziale, dell'interesse generale e obiettivo[42].

Il potere discrezionale, inoltre, si traduce necessariamente in termini dinamici, nel tempo e nella storia amministrativa che porta al provvedimento.

In buona sostanza la discrezionalità non è una "procura in bianco" che intesta poteri illimitati all'amministrazione. La discrezionalità amministrativa è il margine di scelta che la norma intesta all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare nel caso concreto l'interesse pubblico, nell'interesse primario della legge.

Così definita la discrezionalità quale spazio di libertà vigilata dalla legge, il c.d. merito amministrativo diviene l'ambito residuale oltre gli spazi coperti dalla legalità: una attività libera, non sindacabile, che rileva in termini di opportunità/inopportunità.[43]

Quid iuris se la valutazione è "inquinata" da valutazioni tecniche e qualificazione dei fatti alla luce di criteri tecnico scientifici? In questi casi la giurisprudenza addiviene alla scissione dalla categoria della discrezionalità amministrativa della *species* della cd. discrezionalità tecnica.

Con l'espressione "discrezionalità tecnica" si indicano i limiti al "fatto" amministrativo che provengono dalle certezze scientifiche. In buona sostanza, si può affermare, che la discrezionalità dell'amministrazione, da un lato, è limitata dalle "certezze" giuridiche (i limiti di legge) e – per il richiamo implicito che il diritto fa, ad uguaglianza, proporzionalità, ma soprattutto ad espressi concetti scientifici – dalle "certezze" della tecnica[44].

La tecnica integra il precetto giuridico, chiedendo all'amministrazione di formulare un giudizio complesso [45]che esprime una "regolarità" da applicare al caso concreto. In buona sostanza, la discrezionalità tecnica implica una attività di regolazione del caso concreto in cui la amministrazione formula un precetto "opinabile", ma per realizzare l'interesse pubblico.

L'area della discrezionalità tecnica, pertanto, era stata a lungo considerata estranea ad ogni possibilità di sindacato giurisdizionale, fino al radicale cambiamento della posizione della giurisprudenza espresso con la storica sentenza del Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601. Nella citata sentenza, il Consiglio di Stato ha perimetrato la differenza tra "opinabilità" e "opportunità", precisando che solo la valutazione dell'interesse pubblico rientra nel merito dell'atto amministrativo, insindacabile in sede di giudizio di legittimità. I contenuti opinabili, possono essere invece essere sindacato, applicando gli schemi logici e ragionativi della tecnica e verificandone, dall'esterno, la loro attendibilità.

In questo modo, il giudice amministrativo ha potuto non fermarsi ad un mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ed ha potuto giustificare l'affidabilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza del procedimento applicativo. Il giudice può quindi esprimersi sulla correttezza della regola tecnica adottata, poiché, in sintesi, violare la norma tecnica significa violare la norma giuridica.

---

[42] Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2006.

[43] R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM*, in Giustizia amministrativa**,** 2019; M.A. SANDULLI, Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione, in Il Processo, n. 3/2018; D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus online*, n. 3/2020, pp. 11 ss.; V. BERLINGÒ, *Fatto e giudizio. Parità e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; G. TERRACCIANO E A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. società*, n. 2/2020, pp. 195 ss. In tema, *ex multis*, oltre alla classica monografia di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, A. POLICE, *Istruttoria*, in P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Utet Giuridica, Milano, 2016.

[44] Cfr. Tar Sardegna, sentenza n. 604/2021.

[45] Cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2017; A. Petretto, L'analisi economica del procedimento amministrativo, in Giusta amm, 2015.

Il fenomeno della discrezionalità tecnica, pertanto, rivista dal punto di vista del giudice, si pone come limiti al suo sindacato, ossia del confine oltre il quale il diritto, sub-pecie di attendibilità del procedimento tecnico, è superato per sconfinare nella "opportunità" di cui unico arbitro deve rimanere l'amministrazione.[46]

Il terreno, come è evidente, è uno di quelli su cui si delineano i confini tra poteri e, quindi, i connotati dello Stato di diritto[47].

Lo schema del ragionamento che il giudice deve fare sulle valutazioni tecniche può essere così descritto [48]:

a) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche;

b) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo;

c) devono ritenersi superati gli ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico, ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.

Ciò detto, scontata l'opinabilità[49] della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa. Se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica

---

[46] Il limite al controllo del giudice coincide con l'oggetto del controllo stesso, tenuto conto della relatività e opinabilità delle valutazioni scientifiche, in rapporto alle quali l'erroneità – ove non esattamente individuabile – si traduce in non attendibilità (T. A. R. Lazio, Roma, Sez. III, 21 novembre 2019, n. 13399).

[47] Cfr. R. LABRIOLA, *La discrezionalità tecnica e i poteri del giudice amministrativo*, in *Amministrativo e processo*, Giuffrè, 2020.

[48] Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 3 maggio 2002, n. 2334; Tar Sardegna, sentenza 604/2021.

[49] E' opportuno anche riprendere la distinzione tra opinabilità e opportunità di una valutazione ben delineata dal Consiglio di Stato nella già citata sentenza n. 601 del 1999. In buona sostanza se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre chiarire bene che cosa questo concetto stia a significare. L'accesso al fatto non vuol dire sostituzione alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate. I momenti nel ragionamento del giudice sono due, ben distinti. Il primo è l'accesso al fatto; è in quest'ambito che il giudice può sostituirsi alla p.a. nella verifica della sua effettiva sussistenza. Il secondo è la contestualizzazione di concetti giuridici indeterminati che richieda l'applicazione di scienze inesatte. In questo secondo segmento del processo logico, emergono i limiti al sindacato (cioè il momento in cui il giudice non può sostituirsi alla p.a.).E qui rileva la citata distinzione tra opinabilità e opportunità ben delineata dal Consiglio di Stato. Scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non potrà sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa. Se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato. Un conto, quindi, è l'accertamento del fatto storico (che precede tutto) e un conto è la contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma. (Cfr sul punto T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, sentenza n. 488 pubblicata il 21 maggio 2018)

al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato.

In sintesi, il sindacato "*al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia sindacato forte/sindacato debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo*" (Consiglio di Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), senza, cioè, poter far luogo a sostituzione di valutazioni in presenza di interessi "*la cui cura è dalla legge espressamente delegata ad un certo organo amministrativo, sicché ammettere che il giudice possa auto-attribuirseli rappresenterebbe quanto meno una violazione delle competenze, se non addirittura del principio di separazione tra i poteri dello Stato*" (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2012 n. 4872).

In conclusione, sul punto, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, può essere pieno, penetrante, effettivo,[50] ma non sostitutivo[51].

Dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato[52]. In buona sostanza, quando difettano parametri normativi *a priori* che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto.

5.1. In particolare: il sindacato del giudice contabile sulla costituzione delle società partecipata

[50] Se così non fosse, come è stato autorevolmente rilevato dallo stesso Consiglio di Stato, sentenza n. 12 del 2013, "*la tutela giurisdizionale amministrativa si ridurrebbe ad un mero, ed inutile, flatus vocis in palese violazione dei principi generali in materia di effettività della tutela giurisdizionale dell'ordinamento nazionale e internazionale, di cui agli artt. 24 comma 1, 103, comma 1, e 113 della Costituzione ed agli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*". Cfr sul punto anche Sul tema più generale del diritto al processo giusto nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si richiama V. PETRALIA, *Equo processo, giudicato nazionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo,,* Giappichelli, 2012; con riferimento al processo amministrativo M. Mengozzi, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali,* Giuffrè, 2009; S. STICCHI DAMIANI, *Il processo amministrativo,* Giappichelli, 2014

[51] «*Non è dunque ammesso un "sindacato sostitutivo" ma soltanto quello che è stato definito sindacato di "attendibilità tecnica» (*TAR Lombardia, sezione seconda, sentenza del 13 febbraio 2020, n. 306**,** *Consiglio di Stato, VI, 23 settembre 2019, n. 6315; 15 luglio 2019, n. 4990)»* Così anche il Tar Emilia-Romagna, Sez. II, 19 aprile 2006, n. 465 che precisa: "*Diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non coinvolge scelte di opportunità amministrativa, bensì una valutazione antecedente ad essa che riguarda l'analisi dei fatti e la valutazione degli stessi, ancorché opinabili in base ai criteri scientifici e tecnici utilizzabili, alle conoscenze ed agli strumenti a disposizione. In pratica, la discrezionalità tecnica concerne soltanto gli aspetti di valutazione fattuale, sia pur suscettibili di diversi apprezzamenti, mentre vi difetta totalmente la fase della scelta dell'interesse da perseguire sulla base di canoni di mera opportunità politico-amministrativa*".

[52] In proposito, icasticamente il giudice amministrativo ha precisato che egli può "*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, sentenza, 13 settembre 2012, n. 4873).
Per altro verso, 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*" (cfr. ex *plurimis* Cons. St., Sez. VI, sentenza, 6/5/2014, n. 2302; Cons. St., Sez. VI, sentenza, 15/5/2015, n. 2479).

Nell'ambito del procedimento amministrativo volto alla costituzione delle società, l'esercizio di discrezionalità tecnica è vagliato dal giudice contabile.

Proprio recentemente, la Corte di Cassazione Civile, Sez. Unite, con ordinanza n. 22811 del 2020 ha ricordato che «*l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non comporta che esse siano sottratte ad ogni possibilità di controllo, e segnatamente a quello della conformità alla legge che regola l'attività amministrativa, con la conseguenza che il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione quando accerta la mancanza di tale conformità* (Cass., Sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5490; Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6462)».

Nel caso del controllo sulle società partecipate[53], sebbene non generi immediatamente responsabilità, né impedisca gli effetti dell'atto e la prosecuzione della procedura di costituzione (salvo un suo aggravio nei termini che di seguito si preciseranno), è evidente che la Corte dei conti è chiamata a scrutinare l'atto deliberativo che contiene valutazioni che impingono nella discrezionalità tecnica. Lo scrutinio del giudice contabile dovrà perciò essere teso ad accertare che l'istruttoria condotta dall'amministrazione procedente abbia ragionevolmente confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle possibili forme di gestione, tenendo in debita considerazione la sostenibilità finanziaria e la compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

La giurisprudenza ha più volte sottolineato, in linea generale, l'esigenza della completezza del quadro istruttorio preliminare all'adozione della decisione amministrativa. Come osservato dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna (delibera n. 32/2023) "*la dicitura testuale della norma induce a pensare che il giudice debba estendere il suo sindacato in profondità, [54]calandosi*

---

[53] Cfr. G. FARNETI, *Il "male oscuro" della nostra pubblica amministrazione: un'analisi relativa alle società partecipate dagli enti locali*, in *Rivista della Corte dei* Conti, 3-4, 2014, p. 545; F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione,* in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2011, p. 1366. L'Autore sostiene che le disposizioni in materia di società partecipate sono espressione "di principi generali" quali la tutela della concorrenza tramite la restrizione dell'attività delle società in mano pubblica prive di specifici riconoscimenti legislativi alle competenze dell'ente partecipante.

[54] Per il giudice amministrativo, dalla nota sentenza 601 del 1999 ai più recenti orientamenti giurisprudenziali e come rimarcato dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato e ribadito nella *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa* svolta dal presidente del Consiglio di Stato in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2020, la giurisprudenza più recente sembra invero, almeno in linea teorica, decisamente più aperta a un sindacato di *full jurisdiction*. Soprattutto, la giurisprudenza ha chiaramente e definitivamente riconosciuto la possibilità (che lo stesso presidente del Consiglio di Stato ha espressamente dichiarato "pacifica") del giudice di spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, autonomamente indagandoli e, se del caso, valutandoli (con l'ausilio dei verificatori e/o dei consulenti) anche sul piano "tecnico", nella convinzione che le valutazioni tecniche non vanno confuse col merito amministrativo e non possono farsi rientrare in un'area istituzionalmente "riservata" alla pubblica amministrazione, a meno di voler sottrarre alla giustiziabilità aree rilevanti di intermediazione pubblica. Ciò che il giudice amministrativo non può spingersi a sindacare è soltanto il giudizio di valore e di scelta che costituisce il *proprium* della funzione amministrativa, ma esso può, e deve, controllare che tale valutazione/scelta sia stata effettuata nel rispetto dei canoni di logicità, ragionevolezza e completezza di istruttoria. Per questo il giudice deve poter acquisire la piena contezza del fatto (con l'ausilio degli strumenti probatori occorrenti), che è elemento consustanziale del "caso" su cui è chiamato a pronunciarsi e, con riferimento alle valutazioni tecniche, deve acquisire gli elementi per apprezzarne l'attendibilità. L'insindacabilità del merito resta «*confinata alla scelta vera e propria*», implicando solo che il giudice non può, soggettivamente, sostituire la propria scelta a quella dell'amministrazione; ma i presupposti della scelta effettuata, oggettivamente considerati, sono sindacabili sul piano della legittimità e non attengono al merito. In questa linea, che tuttavia, stante in ogni caso l'opinabilità dei giudizi, non deve però "sconfinare" nella sostituzione al giudizio tecnico amministrativo attendibile di quello che il giudice o i suoi consulenti ritengano "più attendibile", va di certo sicuramente apprezzato un utilizzo più frequente delle verificazioni (nettamente preferite, per ragioni di semplificazione e di spesa, alle ctu, cui il cpa consente infelicemente di ricorrere solo «se indispensabile») nelle controversie sull'affidamento dei contratti pubblici e, più in generale, in quelle che coinvolgono profili tecnico-scientifici (criteri di classificazione di *devices* medico-chirurgici) o economici (criteri di calcolo del costo *standard*).

dentro il percorso argomentativo e il suo retroterra sostanziale e fattuale, valutando sia l'aspetto dei presupposti di fatto, sia il contenuto e la qualità dell'istruttoria compiuta, oltre che, ovviamente, i profili attinenti alla corretta interpretazione e applicazione di leggi e regolamenti". In altri termini, il sindacato è diretto a cogliere, attraverso la regola della sufficienza della motivazione, la logicità e la coerenza interna del giudizio formulato e posto a base del provvedimento emanato con i presupposti, non solo in funzione dell'imparzialità dell'azione amministrativa, ma anche a salvaguardia dell'interesse pubblico a che le risorse siano utilizzate con oculatezza e con rigore. La serietà dell'analisi da svolgere a monte richiede che il vaglio della Sezione regionale di controllo non si riduca alla semplice presa d'atto della rappresentazione istruttoria fornita dall'amministrazione, e dall'altro che l'amministrazione svolga una sua istruttoria preliminare alla sottoposizione alla sezione sui singoli parametri del "controllo", fornendone in modo esaustivo gli elementi, evitando cioè superficiali descrizioni e valutazioni meramente apodittiche di parametri dal tenore sicuramente elastico. Parimenti, detta istruttoria preliminare alla sottoposizione alla Sezione regionale di controllo può considerarsi sufficiente quando, nella concretezza delle circostanze, è idonea a far comprendere le ragioni che hanno condotto l'Amministrazione all'emanazione del provvedimento, richiedendosi un'illustrazione più articolata quando i fatti sono dubbi o controversi, in modo da rendere esplicito e comprensivo l'iter logico seguito dall'amministrazione nella loro adozione e le ragioni, che hanno determinato le statuizioni assunte

Il tipo di controllo esercitato dalle Sezioni, pertanto, (sulla scorta di una consolidata giurisprudenza amministrativa, civile e contabile) muoverà "*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"* (Corte dei conti, Sezioni Riunite, delibera 16/2022) . E nel sindacare con pienezza i fatti oggetto dell'indagine secondo il percorso tracciato dal controllo intrinseco, può avvalersi anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità" [55](Consiglio di stato n. 2302/2014).

La sostenibilità finanziaria, come osservato dalle Sezioni riunite di controllo della Corte dei conti assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario 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" (deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG).

Sotto il profilo oggettivo, la sostenibilità finanziaria sottende la capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. Questa deve essere puntualmente analizzata da parte dell'amministrazione procedente.

In tal senso, le Sezioni riunite, nella più volte menzionata deliberazione n. 16/SSRCO/2022/QMIG, hanno osservato come l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione delle partecipazioni dovrebbe essere, quantomeno, suffragato dallo sviluppo di un approfondito *business plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende espletare, accompagnato da apposite note esplicative che ne espongano le ipotesi di sviluppo [56](es. natura dei ricavi e relativa struttura, evoluzione dei costi, indicatori di bilancio quali redditività, liquidità ed indebitamento).

---

[55] Corte dei conti, Sezioni Riunite, delibera 16/2022.

[56] Come già precisato dalle Sezioni riunite (deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG), la valutazione di convenienza economica non si riduce alla dimostrazione di redditività dell'investimento nella prospettiva lucrativa, ma implica che la motivazione dell'atto 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), anche attraverso il raffronto con soluzioni gestionali diverse.

Inoltre, «d*ovrà, in tale sede, darsi conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti nel BP 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 ordinarie 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" (così Sez. riunite, n. 16/2022/QMIG cit.)».*

Aggiunge a riguardo la Sezione Lombardia[57] che i parametri della "convenienza economica" e della "sostenibilità [58]finanziaria[59]", pur evocando criteri aziendalistici[60], non possono tradursi per la Corte in una compiuta analisi economica e finanziaria della documentazione[61] inerente alla

[57] Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibera 162/2022.

[58] *Di tale concetto può essere rinvenuta una definizione nell'ambito del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) all'articolo 3, comma 1, lettera fff): (…) "la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento*

[59] Come osservato dalla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, del. n. 32/2023 gli indici di allarme della crisi d'impresa definita nel nuovo Codice in funzione prospettica, come probabilità di futura insolvenza. Si deve al riguardo notare che in sede di modifiche derivanti dalla necessità di dare attuazione alla direttiva n. 1023/2019 (c.d. direttiva Insolvency) è stato abbandonato ogni riferimento allo "squilibrio economico-finanziario", per incentrare la definizione sulla impossibilità di far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi. Dall'altro, il termine di 12 mesi (rispetto ad una prima versione incentrata su un orizzonte temporale semestrale) sembra andare nella direzione di un irrigidimento del presupposto della crisi, come concetto che "guarda più lontano", rendendo irrilevanti meri scostamenti finanziari temporanei che l'impresa sia in grado di riassorbire entro l'esercizio annuale. Non da ultimo, dopo il d.lgs. 139/2015, che ha modificato gli artt. 2423 e 2423 bis c.c. in tema di bilancio, il nuovo orizzonte temporale risulta allineato con quanto prevedono i principi contenuti nel documento O.I.C.11 (Organismo italiano di contabilità), applicabile ai bilanci relativi agli esercizi successivi al 1° gennaio 2018, ove si afferma che il concetto di continuità aziendale, va inteso come "la capacità dell'impresa di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo ad un periodo di almeno 12 mesi dalla data di riferimento del bilancio". Il nuovo testo dell'art. 3, comma 4, del Codice della Crisi di impresa elenca i seguenti indici di "allarme" ai fini della rilevazione della crisi: a) esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni.

[60] Il richiamo va alla teoria della cd scelta razionale[60], come elaborata in particolare nella scienza economica, che guida la decisione discrezionale della pubblica amministrazione al fine di massimizzarne ed ottimizzarne gli effetti, assurgendo a condizione *sine qua non della* fondatezza della motivazione versata nel provvedimento, ma è anche condizione *ex post* di valutazione e giudizio dello stesso. Cfr. sul punto, A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa. Prolegomeni per un inquadramento sistematico,* in *Diritto amministrativo*, 2023.

[61] La Corte dei conti, sez. regionale di controllo per l'Emilia Romagna, nella delibera n. 32/2023 declina le "Indicazioni istruttorie preliminari all'esame della Sezione regionale in merito ai provvedimenti contemplati dall'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 (Tusp)" indicando, ai fini della documentazione, la necessità per le società già esistenti, di allegare: a) i bilanci d'esercizio degli ultimi tre anni (stato patrimoniale, conto economico, nota integrativa e rendiconto finanziario); b) la relazione sulla gestione; c) le relazioni degli organi di controllo (collegio sindacale, sindaco unico, revisore unico, società di revisione), ove disponibili; d) la relazione sul governo societario di cui all'art.6, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016). Sia per società già esistenti che per le società oggetto di costituzione dovranno essere allegati: lo Statuto della Società, il Business plan o i Piani industriali con una proiezione a 3/5 anni, deve trattarsi di business plan formalmente approvati o di cui sia comunque noto il soggetto/i soggetti che lo hanno redatto/approvato. Negli ultimi anni il business plan o piano industriale sta assumendo un ruolo sempre più rilevante anche tra le piccole e medie imprese (PMI), solitamente poco inclini verso l'adozione di documenti di pianificazione di medio-lungo periodo; infatti, sempre di più le disposizioni normative spingono le imprese verso l'adozione di questi strumenti, basti pensare alle sollecitazioni che arrivano dal codice della crisi di impresa, oggetto peraltro di recenti modifiche, all'esigenza di dotarsi di un assetto organizzativo

costituenda società o all'organismo societario già costituito che vede l'ingresso di un nuovo socio. D'altra parte, se detta verifica implicasse un esame nel merito della documentazione economica/finanziaria/contabile posta a supporto della scelta discrezionale che l'ente ha manifestato la volontà di porre in essere, il "Parere" reso dalla Sezione di controllo si tradurrebbe in una inammissibile forma di cogestione e di deresponsabilizzazione dell'azione amministrativa.

La Sezione Lazio, sulla scia di queste riflessioni, chiude il cerchio portando a compimento le citate premesse giurisprudenziali. Dovendosi mantenere nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata della norma, i giudici del Lazio hanno ricordato che essi non possono dare indicazioni o esprimere considerazioni che si risolvano in una sorta di "cogestione" con l'Amministrazione, né possono esprimere *ex ante* valutazioni che presuppongano necessariamente l'avvenuta gestione della costituenda Società o la conoscenza degli esiti dell'acquisizione di partecipazione in società già costituita.[62]

Nella prospettiva del parere in commento, pertanto, la Corte dei conti, nel suo controllo ex art. 5, comma 3, TUSP può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative soltanto con i limiti di legge. In quest'ottica, i criteri di economicità ed efficacia, come già nell'art. art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sono norme giuridiche che sono valutabili entro un rigoroso giudizio di ragionevolezza/proporzionalità[63]: essi assumono rilevanza, pertanto, non già sul piano della mera opportunità, ma solo su quello della legittimità dell'azione amministrativa e consentono un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione, onde evitare la deviazione[64] di queste ultime dai fini istituzionali dell'ente. Questo consente, quindi, una verifica della completezza

adeguato ai sensi dell'art. 2086 codice civile, ma la spinta probabilmente più forte verso tale strumento proviene dal sistema bancario, considerato che sempre più spesso è richiesto un piano industriale alle imprese che si rivolgono agli istituti di credito per avere un finanziamento. La valutazione del merito creditizio impone di valutare non solo i dati risultanti dai Bilanci, ma anche i piani industriali delle imprese come strumento prioritario per verificare la sostenibilità del debito a medio lungo termine in concessione, piani industriali che diventano ancora più rilevanti se trattasi di società oggetto di costituzione e priva, dunque, di bilanci da cui desumere dati storici.

[62] Corte dei conti, Sezione controllo per la Regione Lombardia, Parere 161/2022.

[63] È utile sottolineare come nella sequenza decisionale il principio di proporzionalità, detto anche "la legge del minimo mezzo", garantisce che una decisione pubblica sia idonea e necessaria, anche rispetto ai mezzi impiegati, a perseguire l'obbiettivo pubblico individuato nella legge attributiva del potere. L'osservanza del principio di proporzionalità richiede che lo svolgimento di un giudizio sia guidato da tre criteri da applicare in sequenza (indagine "trifasica"): idoneità, necessarietà e adeguatezza della misura adottata dalla pubblica amministrazione. L' "idoneità" consiste nel rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito; la "necessarietà" consiste nell'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo; l'"adeguatezza" della misura consiste nella tollerabilità della restrizione che comporta per il privato. Sul punto si rinvia a Cfr D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, pag. 223 e ss; voce *Ragionevolezza* (principio di) di L. Paladin in *Enciclopedia del diritto – Aggiornamento*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, e il saggio di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, scritto in occasione della conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

[64] *Le Sezioni riunite nella più volte citata deliberazione 16/2022 "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 dell'Amministrazione. In questa prospettiva, gli interventi del legislatore in materia di società partecipate si inquadrano nel novero delle politiche di spending review, con un chiaro intento di assicurare una più efficiente gestione e razionalizzazione delle partecipazioni al fine di una riduzione del loro costo per i bilanci pubblici (Corte costituzionale sentenza n. 194/2020). Il TUSP, infatti, punta a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso alle partecipazioni pubbliche, con inefficienze gestionali gravanti, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti (Corte costituzionale n. 86/2022)".*

dell'istruttoria [65]sul piano della non arbitrarietà delle valutazioni, nonché della logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto allo scopo da raggiungere[66].

Questo significa che tale tipo di controllo non possa entrare in correlazione con altri controlli già previsti per le società partecipate, anche se non "vincolanti". Ad esempio, sarebbe priva di giustificazione, sotto il profilo della convenienza economica, la costituzione di una società (o l'acquisizione di partecipazioni in una società) che abbia già in sé elementi sindacabili dalla Corte dei conti in sede di esame del piano di razionalizzazione. Ne consegue che, prima di effettuare la scelta di diventare socio, sarebbe auspicabile che l'ente desse conto di aver effettuato le valutazioni che seguono: a) una analisi delle proprie partecipazioni (anche in organismi partecipati diversi da quelli societari), onde evitare che l'ente finisca per possedere partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali (ossia, evitare le c.d. società "doppione"); b) capacità della società target di non produrre perdite continuative a regime.

Il parere n. 59/2023 della Sezione di controllo per il Lazio, precisa, inoltre, che per la costituzione di società *in house* i parametri dell'art. 5 comma 3 sono integrati da quello "interposto" dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici, [67]in ragione del rinvio contenuto nelle norme del TUSP *(art. 4,*

---

[65] La Sezione regionale del Lazio, nel Parere in esame osserva che ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Tusp, "*l'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima". Di conseguenza, l'atto è sottoposto al vaglio di due giudici diversi: la Sezione di controllo (individuata ai sensi dell'art. 5, comma 4, del Tusp) che svolge una verifica officiosa di legalità per la tutela di interessi finanziari adespoti presupposti dagli artt. 4, 5, 7 del Tusp e il giudice competente secondo l'ordinamento per gli interessi legittimi, cui può essere fatta istanza di tutela costitutiva e/o risarcitoria per la pronuncia dell'invalidità dell'atto amministrativo.* Aggiungono le Sezioni regionali della Liguria, delle Marche e della Lombardia[65] che in caso di acquisto di partecipazioni finalizzate all'affidamento di servizi secondo il modello "in *house providing*", onde evitare possibili conflitti con le valutazioni che il Giudice amministrativo che potrebbe essere chiamato a decidere in ipotesi di impugnazione dell'atto di affidamento, in sede di applicazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, è necessario circoscrivere la propria valutazione all'esistenza o meno di adeguata e razionale motivazione a sostegno della scelta effettuata; in altri termini, la cognizione della Corte, in sede di verifica ai sensi dell'art. 5 Tusp non si estende alla verifica della esistenza in concreto dei requisiti per procedere all'affidamento in *house*, ma si limita a verificare la conformità della delibera adottata dal Consiglio comunale ai parametri individuati dall'art. 5, co. 3 TUSP.
La magistratura contabile, con riferimento all'onere motivazionale in sede di "parere" ex art. 5 TUSP, tenuto conto della sfera di cognizione del Giudice amministrativo in caso di eventuale contenzioso sugli affidamenti in *house*, è chiamata a verificare più propriamente anche che l'ente abbia adottato una relazione in cui dia compiutamente atto di aver effettuato tutte le valutazioni prescritte dal comma 2 dell'art. 192 d. lgs. n. 50/2016, comprese le ragioni del mancato ricorso al mercato

[66] In questi termini, cfr. Cass., Sez. Un., 15 marzo 2017, n. 6820; Cass., Sez. Un., 23 novembre 2018, n. 30419. Cass., Sez. Un., 10f febbraio 2019, n. 3159; Cass., Sez. Un., 22 novembre 2019, n. 30527.

[67] Si rinvia sul punto Cfr. Atto di segnalazione as1809 del 14 ottobre 2021- Città metropolitana di Reggio Calabria – acquisizione della partecipazione nella società Castore s.r.l., dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in cui si legge "*il D.lgs. 175/2016 ha ricondotto a un unico corpus normativo la disciplina delle partecipazioni pubbliche, prevedendo, da un lato, la razionalizzazione delle stesse mediante l'individuazione degli scopi statutari che le società a partecipazione pubblica possono perseguire e degli ambiti di attività in cui è ammesso costituire società o mantenere partecipazioni pubbliche, dall'altro, il rafforzamento degli obblighi motivazionali cui le Pubbliche Amministrazioni sono tenute per la costituzione o il mantenimento delle partecipazioni. L'Autorità rileva che gli obblighi di motivazione rafforzata richiesti dal legislatore in ordine al mancato ricorso al mercato e alla decisione di acquisire partecipazioni in società esistenti hanno una funzione strettamente prodromica alla realizzazione dei principi concorrenziali, al fine di evitare che la speciale prerogativa concessa dal legislatore si estenda oltre lo scopo e gli obiettivi prefissati dalla norma, fino a comprendere al suo interno molteplici servizi pubblici e offerti in concorrenza sul mercato, senza la preventiva valutazione di dati economici oggettivi circa la maggior convenienza della gestione in house dei servizi di interesse economico generale o pubblici rispetto al coinvolgimento di operatori economici specializzati presenti sul libero mercato e individuati a seguito di procedure concorsuali. La violazione dei prescritti obblighi di motivazione rafforzata, che presuppongono adempimenti concreti per un effettivo confronto con il mercato, ha dunque un evidente impatto sotto il profilo concorrenziale, in quanto è suscettibile di condizionare lo svolgimento delle dinamiche competitive, determinando indebiti vantaggi concorrenziali a favore delle società partecipate dagli enti pubblici. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che l'obbligo di motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato di cui*

comma 4, e 16, comma 7) [68] Pertanto, in tali casi, la motivazione "aggravata" dovrà giustificare la "necessità" (vincolo sugli effetti e di scopo) dimostrando: da un lato, le ragioni che hanno portato all'esclusione del ricorso al mercato (il c.d. "fallimento del mercato"); dall'altro, l'indicazione degli specifici benefici per la collettività connessi all'affidamento *in house*.

Resta problematica la costituzione di società partecipate effettuata da parte delle Regioni mediante l'approvazione di norme di legge regionale. Come ha avuto modo di affermare la Corte costituzionale (sentenza n. 39 del 2014), il controllo della Corte dei conti non potrebbe comunque incidere su un atto che viene formalizzato con provvedimento di legge regionale, se non dinanzi al Giudice delle leggi.

6. La natura del parere ex art. 5 TUSP

Relativamente alla natura dell'attività richiesta dall'art. 5, le Sezioni Riunite hanno affermato che la "*pronuncia esitante nel parere previsto dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2016 postula l'espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti"*. Il controllo che la Corte è chiamata ad effettuare non è qualificabile come preventivo di legittimità [69]ma allo stesso non è assimilabile alla tradizionale attività consultiva di cui all'art. 7, comma 8, legge 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).

L'art. 5, infatti, pareva aver mutuato i connotati genetici del controllo preventivo di legittimità sugli atti intestato alla Corte dei conti dall'art. 3 della Legge 20/94, controllo che rappresenta non soltanto *magna pars* della sua recente tradizione ordinamentale (dagli anni '90 del secolo scorso, al 2012)[70].

Nell'attuale architettura istituzionale della Corte, il controllo preventivo di legittimità è svolto su atti il cui identikit è dettato dall'art. 3 della Legge 20/94 ed esercitato dalla Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, e, per ciò che attiene agli atti delle amministrazioni periferiche dello Stato, dalle sezioni regionali controllo.

---

all'articolo 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici "risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza" e l'obbligo di motivazione analitica, previsto dall'articolo 5, comma 1, del TUSPP, indica che deroghe al ricorso a procedure pubbliche debbano costituire l'esito di attente valutazioni e rappresentino l'unica via percorribile

[68] Nel parere si legge infatti «14.4. […] *il legislatore statale ha optato per una disciplina restrittiva che pone limiti alla costituzione ad hoc di società a scopo di autoproduzione e all'attività contrattuale a valle (art. 4, comma 4, e 16, comma 7, Tusp, richiamante l'art. 192 del d.lgs. 50/2016). Tale ultima disposizione, più nel dettaglio, fornisce i criteri legali per effettuare la scelta tra affidamento diretto in autoproduzione e ricorso al mercato.* 14.5. *Ne consegue che il criterio normativo per riscontrare la necessità del ricorso alla costituzione di società in house, finalizzate, come nel caso di specie, al dichiarato fine di pervenire a un affidamento diretto, è proprio l'art. 192 del codice dei contratti, il quale opera come parametro interposto dell'art. 5, commi 1 e 3, del Tusp. In conclusione, non esiste nessuna preferenza, né logica, né ordinamentale, per la costituzione di organismi in house della forma di società partecipat*e».

[69] *Osservano a riguardo le Sezioni riunite della Corte dei conti (del. 16/2022) che il pronunciamento richiesto* (…) *sembrerebbe 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 chiara ed espressa previsione in tal senso, non appare possibile ricondurre la nuova funzione al controllo preventivo di legittimità, puntualmente disciplinato in ordine a tipologia di atti assoggettati, autorità emanante, procedura istruttoria, termini ed esiti dall'art. 3 della legge n. 20 del 1994 e norme ivi richiamate (su tutte, quelle degli 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) in conformità al principio generale di cui all'art. 21-quater, c. 1, della legge n. 241 del 1990*".

[70] Per una articolata ricostruzione storica, cfr. l'introduzione di F. Sucameli, *Il Giudice del bilancio nella costituzione italiana,* Editoriale scientifica, 2022. Cfr. altresì A. BALDANZA, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018.

A prevalere, dopo la legge cost. n. 1/2012, è il controllo successivo di legittimità-regolarità sul bilancio degli enti territoriali (art. 20 della l. n. 243/2012)

Questa peculiare forma di controllo si contrappone al controllo-referto e collaborativo. Basandosi esclusivamente sulla valutazione di conformità dell'oggetto del controllo "*alle norme del diritto oggettivo, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico. Una funzione cioè di garanzia dell'ordinamento, di controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato* […] *preordinato a tutela del diritto oggettivo*"[71].

Considerato che si tratta di un controllo di legalità successivo, basato su parametri che evocano concetti tecnici (e quindi l'esercizio di una discrezionalità tecnica), l'art. 5 del Tusp chiama il giudice a verificare gli effetti di tale atto, esaminando, con un sindacato pieno, nel caso delle società *in house*, il "fallimento del mercato" e la "sostenibilità finanziaria", ossia, l'equilibrio economico-finanziario delle società target e, infine, l'impatto sul bilancio dell'ente *dominus*.

Il collegamento di un peculiare effetto giuridico al riscontro negativo del rispetto di tali parametri, induce correttamente a superare il "*nomen*" di parere, non trattandosi affatto di attività consultiva. Infatti, come ricorda la delibera n. 16 della Sezioni riunite di controllo, "la *pronuncia esitante nel parere previsto dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2016 postula l'espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti*".

Osserva la Sezione regionale di controllo per il Lazio[72] che*,* l'art. 5, comma 3, del Tusp ha creato un nuovo controllo successivo di legittimità-regolarità che si inserisce tra la fase pubblicistica e quella privatistica che caratterizza le funzioni amministrative svolte secondo moduli di diritto privato, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 241/1990 (Cons. Stato, adunanza plen. n. 10/2011; Sez. reg. contr. Lombardia, n. 535/2012/PAR) e mira a verificare preliminarmente la congruenza delle scelte negoziali con il principio di legalità finanziaria.

La decisione dell'amministrazione di ricorrere a moduli privatistici societari deve superare una duplice prova di legalità, che icasticamente la decisione denomina "test di legalità dell'oggetto" (riferito all'oggetto sociale) e "test di legalità degli effetti" (compatibilità con il vincolo di scopo, sub specie di "necessità" della scelta organizzativa e di rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio).

Pertanto, in primo luogo, l'oggetto sociale della società *target* deve corrispondere a una delle attività elencate all'art. 4, comma 2, del Tusp (legalità dell'oggetto). Tale riscontro è soggetto a criteri ancora più restrittivi in caso di società in *house*, in cui l'elenco è ristretto alle attività elencate alle

---

[71] Le sentenze che hanno sancito la legittimazione della Corte a sollevare questioni incidentali di legittimità costituzionale, tanto in sede si parifica (Corte cost. n. 121/1968, Est. Sandulli, poi ripresa in Corte cost. n. 142/1968, Est. Crisafulli), quanto in sede di controllo preventivo di legittimità (Corte cost. n. 226/1976, Est. Crisafulli e poi in anni più recenti cfr. Corte cost. n. 384/1991), hanno affermato che la neutralità della Corte dei conti possa essere sufficiente per affermare la sussistenza del carattere della giurisdizione necessario per sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 1 della l. cost 9 febbraio 1948, n. 1 e dell'art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87. In buona sostanza il giudizio effettuato dalle Sezioni di controllo «si risolve nel valutarne "*la conformità [...] alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico". Una funzione cioè di garanzia dell'ordinamento, di "controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato […] preordinato a tutela del diritto oggettivo"». Infatti, «Il controllo effettuato dalla Corte dei conti è un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti,[…] che si differenzia pertanto nettamente dai controlli c.d. amministrativi, svolgentisi nell'interno della pubblica Amministrazione; ed è altresì diverso anche da altri controlli, che pur presentano le caratteristiche da ultimo rilevate, in ragione della natura e della posizione dell'organo cui è affidato*» (Corte cost. n. 226/1976 e n. 384/1991). Cfr C.S. ALTAVILLA*, Controllo "neocavouriano" della Corte dei conti, a tutela del bilancio "bene pubblico" e delle generazioni future*, Bilancio Comunità Persona, 1-2019

[72] La qualificazione si avvale degli approdi della più moderna dottrina sui controlli-garanzia, in particolare delle riflessioni di Serio Galeotti, cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963, passim; Id. *La garanzia costituzionale (presupposti concetto)*, Milano, 1950 passim. Una efficace sintesi di tali concetti si ritrova in M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della costituzione*, in *Rivista AIC,* n. 2/2017.

lett. a), b), d) ed e) del comma 2; inoltre la società *in house* deve operare in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (art. 4, comma 4, Tusp).

Sul piano degli effetti, l'acquisto partecipativo non deve contrastare: a) con la normativa dell'Unione europea (specialmente in materia di aiuti di Stato[73], art. 5, comma 2, Tusp), nonché, b) con il principio di inerenza e di necessità alle finalità istituzionali dell'ente dominus; infine, c) la partecipazione non deve comportare un deterioramento dell'equilibrio di bilancio e una violazione del correlato precetto di copertura.

L'argomento per sostenere che il parere è invero una attività di controllo successivo viene tratto dall' art. 5, comma 4, Tusp, il quale prevede, come conseguenza diretta del parere negativo o parzialmente negativo, un "effetto impeditivo" consistente in un aggravio procedurale: l'effetto impeditivo, però, è conseguenza *ope legis* di una giudizio di accertamento di non conformità della deliberazione alle prescrizioni contenute negli artt. 4, 5, 7 e 8 del Tusp[74].

Ciò detto, resta a questo punto da chiarire l'effetto dell'esito negativo del controllo nel caso di ravvisata illegittimità dell'atto da parte della magistratura contabile.

7. L'effetto impeditivo del parere negativo

La Sezione regionale di controllo per il Lazio nel Parere in esame stabilisce che dall'accertamento negativo consegue l'obbligo dell'ente di adottare una nuova deliberazione, con una motivazione analitica e rinforzata, anche a mero scopo confermativo. Tanto discende, del resto, dai principi generali dell'ordinamento sull'autotutela vincolata [75](per il caso di "illegittimità dell'atto dichiarata da un'autorità di controllo priva del potere di annullamento", *ex plurumis,* Tar Campania, Sez. IV, 3 aprile 2012, n. 1527), nonché per implicito, dall'art. 5, comma 3, del Tusp che consente alla pubblica amministrazione di procedere in caso di mancata emissione del parere nel termine di legge, ponendo un obbligo di *standstill,* funzionale all'autotutela, in caso di parere negativo o parzialmente negativo.

Tale conclusione si allinea alla consolidata giurisprudenza delle Sezioni riunite in speciale composizione che statuisce a chiare lettere che «*una pronuncia della sezione di controllo di "accertamento" di non conformità a parametri normativi o di irregolarità, ancorché non assistita da specifica sanzione di tipo inibitorio, proprio per l'autorevolezza dell'organo da cui promana – nell'ambito dell'esclusiva funzione di garanzia dell'ordinamento nelle materie di contabilità pubblica – non può ritenersi, ad avviso del collegio, inidonea ad incidere sugli interessi societari coinvolti dalla deliberazione*».[76]

---

[73] - Corte di giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark, Cit., punti 89-93 (c.d. sentenza "Altmark"); Cfr EBNER - GAMBARO, *La nozione di Aiuto di Stato, in Concorrenza e Aiuti di Stato-un osservatorio sulla prassi comunitaria, Santa Maria (a cura di)*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 18 ss. Pinotti, Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza, Padova, Cedam, 2000, 117 ss.; M. ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato in Diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, II, Torino, Giappichelli, 2006, 1722 e ss; M. LIPARI, *La nozione di «aiuto di Stato» indiretto e il requisito dell'"imputazione" soggettiva pubblica. L'origine statale delle risorse e l'incerta qualificazione delle misure incentivanti concesse da enti privati per finalità di interesse generale*, in *Gli aiuti di stato: profili generali e problematiche energetiche*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, A. TRAVI, M. DE FOCATIIS, Milano, Wolters Kluwer, 2020, 43 ss; R. FERRARA R., F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE – "*Erogazione dei servizi di rilevanza economica e modelli di gestione, in AA.VV., Codice delle Cittadinanze*, Giuffrè Editore, Milano, 2006; BRANCASI, La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato, Diritto pubblico, 2010, p. 220

[74] A tal riguardo appare interessante richiamare quanto inciso dalla Sezione regionale di controllo per la Toscana nel Parere n. 49/2023 per la quale "*La Corte dei conti assume un ruolo incisivo nella procedura di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie dovendo rilasciare un parere che, se pur non vincolante, non può non rilevare nella volontà dell'amministrazione procedente*"

[75] Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir*., vol. IV, 537; PIRAS, Discrezionalità amministrativa, in Enciclopedia giuridica, XIII, 1964; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

[76] Così, Corte conti, Sez. riun. spec. comp., sent. n. 16/2019.

Il suddetto orientamento, infatti, era emerso, già, con estrema chiarezza in odine alle deliberazioni delle Sezioni di controllo, che pur apparivano prive di un corredo "sanzionatorio" come quello dell'art. 5, comma 4 TUSP. Nella specie si trattava delle delibazioni adottate nell'ambito dei poteri generali di verifica del bilancio, ai sensi degli artt. 148 e 148-bis. Tuttavia, le pronunce di accertamento si limitava a riscontrare la qualità di "società pubblica, obbligando l'ente territoriale a riqualificare il perimetro del gruppo municipale, con effetti, anche, sulla società "terza" rispetto al controllo[77].

Le deliberazioni di controllo, quindi, anche quando di mero accertamento di fatti contabili, producono effetti certativi, e quindi vincolanti. Nella specie, l'effetto, è qualificato, però, direttamente dalla legge, cioè viene stabilito un *quid pluris*, che porta con sé il traino di un obbligo più generale. Sussisterebbe, in capo all'amministrazione, un vero e proprio obbligo di rivedere in autotutela il provvedimento riconosciuto illegittimo dalla Corte dei conti, di talché anche tale situazione andrebbe a inquadrarsi fra le fattispecie di c.d. "autotutela doverosa" che è l'unica davvero in grado di conciliarsi con naturalezza con l'intervento di un giudice terzo e imparziale chiamato a svolgere – seppure *ex post* – quell'identico controllo di legittimità su atti che, quando – dal medesimo – esplicato in sede preventiva, è non solo tratto tipico della sua architettura istituzionale, ma perfino fra le ragioni fondanti della sua stessa istituzione[78].

In secondo luogo, perché la pronuncia che riscontri una non conformità a legge, se resa da un giudice nell'esercizio di un potere che abbia le caratteristiche e le forme tipiche di quello giurisdizionale non può essere priva di effetti costitutivi: "*Si supererebbero, in tal modo[79], alcuni approdi giurisprudenziali che, nel prefigurare come semplicemente eventuale l'esercizio dell'autotutela a valle dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento da parte della Corte dei conti, finiscono per indebolire grandemente l'effettività di questa particolare attribuzione della magistratura finanziaria, lasciando una massima discrezionalità all'autorità amministrativa in ordine all'annullamento d'ufficio (seppure con l'eccezione per la – tuttavia, un po' indefinita – categoria dei "casi più gravi", che introduce elementi di gradazione in effetti distonici sul piano ordinamentale) che appare distonica se non contraddittoria con il quadro d'insieme"*.[80]

Il Parere della Sezione regionale, fermo il presupposto secondo il quale i controlli della Corte dei conti possono generare uno speciale "obbligo di provvedere"[81] e in ossequio a tale costante approdo ermeneutico, pervengono alla conclusione secondo cui l'ente controllato deve porre in essere un procedimento di secondo grado per rimuovere le irregolarità accertate. Si tratta di uno specialissimo caso di "autotutela doverosa" che, come noto, comprende – oltre all'ipotesi di illegittimità dell'atto dichiarata da sentenza passata in giudicato – «*quella di illegittimità dell'atto dichiarata da un'autorità di controllo priva del potere di annullamento»*[82]

Ciò si può verificare, del resto, come si è visto, anche in assenza di un obbligo di adottare misure correttive sul bilancio e degli effetti di legge connessi alla loro mancata adozione (blocco della spesa, esercizio provvisorio ed eventuale scioglimento dell'ente, cfr. art. 193 TUEL)[83].

Resta fermo che, comunque, in caso di parere in tutto o in parte negativo, l'amministrazione pubblica potrà comunque procedere a costituire la società o ad acquisire la partecipazione ma, in tal caso, dovrà ulteriormente motivare, esplicitando le ragioni per le quali non intende seguire il parere della Corte dei conti e pubblicando tale ulteriore motivazione sul sito internet istituzionale.

---

[77] Sulla ricostruzione della vicenda, cfr. F. FIMMANO' – F. SUCAMELI, *Gli indici formali e legali di "controllo pubblico" e i fatti concludenti dell'abuso di eterodirezione*, in Rivista della Corte dei conti, n. 4/2020.
[78] F. SUCAMELI, *Il Giudice del bilancio nella costituzione italiana*, Editoriale scientifica, 2022, passim.
[79] M. ATELLI ,op. cit.
[80] M. ATELLI, ibidem

[82] Cfr ex *plurimis*, Tar Campania, Sez. IV, 3 aprile 2012, n. 1527.
[83] Corte conti, Sez. riun., spec. comp., nn. 8, 16, 17 e 25/2019.

"*Il prezzo di tale opzione, però, è la rinuncia all'esenzione da responsabilità amministrativa,* [84]*per difetto di colpa grave. Sovente la sussistenza della gravità della colpa (o addirittura del dolo), e la conseguente responsabilità amministrativa, viene affermata proprio sulla base del fatto che organi tecnici, consultivi o di controllo si erano preliminarmente espressi in senso contrario al comportamento poi adottato dal soggetto agente (ad esempio, in materia di personale, in caso di riconoscimento di competenze economiche contro il parere del collegio dei revisori dell'ente, che ne avevano affermato l'illegittimità). A fortiori, ciò può valere allorquando è la stessa Corte dei conti, in sede di controllo, ad esprimere contrarietà alla scelta operata*[85]*"*

*M*a non solo. La non vincolatività del parere a monte non esclude che la gestione della costituita società sia analizzata dalla Corte dei conti in sede degli altri controlli di legittimità-regolarità di cui all'art. 148 bis del Tuel o in sede di parifica del rendiconto regionale.

8. Conclusioni

Come è stato sottolineato*, :«è noto che il modello costituzionale dei controlli sulla finanza pubblica delineato dall'art. 100 Cost. si caratterizza per una certa duttilità in quanto sostanzialmente "aperto" alle scelte di attuazione del legislatore e quindi suscettibile di interpretazione estensiva in favore sia dei controlli preventivi di legittimità, sia dei controlli successivi sulla gestione del bilancio dello Stato e degli enti che compongono la finanza pubblica allargata, sia di ulteriori controlli che il legislatore intenda istituire purché dotati di autonomo rilievo costituzionale (cfr. Corte cost. n. 29/1995 e n. 39/2014). L'elasticità del quadro costituzionale di riferimento ha consentito un significativo irrobustimento dei controlli sulla finanza pubblica di fronte al susseguirsi delle crisi degli ultimi anni – economica, pandemica, bellico-energetica – poiché essi rispondono a interessi costituzionalmente rileva*nti"[86].

Le riforme degli ultimi dieci anni hanno previsto controlli sulle finanze pubbliche rivolti a prevenire squilibri di bilancio e danni irreparabili agli equilibri di bilancio (cfr. Corte cost. n. 60/2013 e n. 39/2014); controlli che non sono riconducibili al paradigma del controllo-referto, in quanto svolti non già nell'esclusivo interesse degli enti destinatari in funzione di stimolo all'autocorrezione, bensì di quello più comprensivo della legalità costituzionale- finanziaria e della tutela di interessi finanziari adespoti (Corte cost. nn. 39 e n. 40/2014; n. 89/2017).

Il parere ex art. 5, comma 3, TUSP si pone chiaramente in linea con questa linea di tendenza, è può diventare un potentissimo strumento di "verifica degli andamenti della finanza pubblica", ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, comma 1, lett. a) della l. cost. n. 1/2012.

---

[84] In materia si veda L. GIAMPAOLINO, P. DELLA VENTURA, *Il riparto di giurisdizioni,* in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile,* a cura di E. F. SCHLITZER E C. MIRABELLI, Editoriale Scientifica, 2018; F. CERIONI, *La responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici per danno erariale,* in *Le Società Pubbliche nel Testo Unico,* a cura di F. CERIONI, Giuffrè, 2017; C. Pettinari, *Gli incerti confini ella giurisdizione contabile in tema di responsabilità: note a margine della giurisprudenza più recente in tema di società cc.dd. "in mano pubblica"*, in *Dir. proc. amm*., 2013, P. MADDALENA, La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici: rapporti con la responsabilità civile e sue peculiarità, in Foro It. , 1979, V, 61 ss; *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in Il Consiglio di Stato, 9/2001, p. 1559; G. Bottino, *La responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffrè 2017, p.756 e seg. V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo contabile davanti alla Corte dei Conti*, Roma, 2019. M. CORRADINO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2011. F. GARRI, *La responsabilità amministrativa, in Enciclopedia Giuridica Treccani,* Roma, 1991; F. PASQUALUCCI, E. SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002; D'AMBROSIO, *La responsabilità sanzionatoria dopo il nuovo codice di giustizia,* Bilancio, Comunità e persona, 2-2019.

[85] B. TRIDICO, *Le verifiche della Corte dei conti, ex art. 5 Tusp, sulle costituzioni di società o acquisizioni di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche*, in *Rivista Corte dei conti*, 2023

[86]G. RIVOSECCHI, *Oltre i controlli di legittimità-regolarità dei conti? Controlli sulla gestione, controlli concomitanti e altri controlli sulla finanza territoriali*, in Rivista Federalismi. It, 2022.

In merito alla natura della nuova funzione[87] intestata alla magistratura contabile, le Sezioni riunite in sede di controllo [88](deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22) hanno ritenuto che l'espressa qualificazione della pronuncia della Corte dei conti quale "parere", da parte del legislatore, conferisca una fisionomia atipica al controllo su un atto specifico e concreto, di cui la norma individua anche i parametri di riferimento. La predetta qualificazione in termini di parere, invero, appare funzionale all'obiettivo del legislatore di ottenere un vaglio tempestivo, da parte della Corte dei conti, sull'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria, senza, tuttavia, attribuire effetti preclusivi al vaglio stesso.

Il Giudice contabile, tenuto conto dello sfavore e dell'allarme generato dal ricorso, sempre più diffuso, allo strumento societario in chiave elusiva dei vincoli di bilancio che ha favorito gestioni inefficienti, alimentate dall'insorgenza di passività latenti,[89] effettua un controllo successivo di legittimità-regolarità, perimetrando il proprio sindacato solo alla proporzionalità della scelta, ossia, al sindacato di ragionevolezza, attraverso i parametri di oggetto, scopo e sostenibilità finanziaria evocati dalla legge. Tale controllo si inserisce tra la fase pubblicistica e quella privatistica, che caratterizza le funzioni amministrative svolte secondo moduli di diritto privato ai sensi dell'art. 1 della l. n. 241/1990 e mira a verificare preliminarmente la congruenza [90]delle scelte negoziali, tramite il test di legalità finanziaria il cui esito negativo impone all'amministrazione un' autotutela doverosa.

Nel rendere i pareri che vengono richiesti ex art. 5 Tusp, dovendosi mantenere nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata della norma, non può dare indicazioni o esprimere considerazioni che si risolvano in una sorta di "cogestione" con l'Amministrazione, né può esprimere ex ante valutazioni che presuppongano necessariamente l'avvenuta gestione della costituenda Società o la conoscenza degli esiti dell'acquisizione di partecipazione in società già costituita (pena la violazione dell'art. 101 e dell'art. 108 Cost, che prevede che la magistratura contabile sia composta da giudici e da p.m. e non da un *tertium genus* ibrido, e che i suoi giudici sia soggetti soltanto alla legge).

In sintesi, come ha osservato autorevole studioso, i controlli funzionano come *"una sorta di reagente che viene versato copiosamente sulla "materia società pubblica". Il reagente lascia emergere colorazioni e connotazioni altrimenti nascoste". In altri termini "l'analisi dell'articolata trama dei controlli consentirebbe di dimostrare, come da un lato, restino assai rilevanti gli interessi pubblici che il legislatore intende presidiare attraverso i controlli sulle società, dall'altro resta ferma l'indole privata della società in mano pubblica, atteso che gli scopi pubblici sono pur sempre relegati*

---

[87] Con deliberazione n. 16/SSRCO/QMIG/2022, le Sezioni riunite in sede di controllo hanno osservato come la nuova funzione attribuita alla Corte dei conti dal novellato art. 5, c. 3 TUSP, dall'esigenza "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.

[88] Sulla qualificazione della natura delle funzioni esercitate dalle Sezioni di controllo in sede di adozione della deliberazione ex art. 5 Tusp la questione di massima è stata sollevata sia dalla Sezione regionale di controllo per il Veneto (Deliberazione n. 135/2022/ QMIG del 4 ottobre 2022), sia dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna (Deliberazione n. 124/2022/QMIG del 6 ottobre 2022). Invero, indipendentemente dalla qualificazione di cui al comma 4 dell'art. 5 TUSP, che definisce come "parere" l'esito dell'attività svolta dalla Corte, sembra chiaro che il legislatore abbia voluto attribuire una funzione di controllo su uno specifico atto amministrativo, avendo esplicitato, al comma 3 dello stesso articolo, che la Corte delibera "in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo nonché degli artt. 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."

[89] In sede rendicontativa, i risultati negativi dovuti a spesa/costi sovradimensionati rispetto a entrate/ricavi non compaiono nel bilancio pubblico, diminuendo la percezione e la riconoscibilità da parte degli utenti della ragione dell'efficienza o inefficienza del servizio sul terreno della buona amministrazione.

[90] Per effetto della esternalizzazione/creazione di organismi partecipati, il bilancio pubblico dell'ente *dominus* subisce un doppio depotenziamento delle sue funzioni, sia sul versante previsionale-autorizzativo, sia sul versante rendicontativo, con una perdita di un controllo democratico diffuso, soprattutto da parte del cittadino elettore, sulla buona amministrazione delle risorse pubbliche.

al rango di interessi extra-sociali e rilevano solo in negativo come argine invalicabile all'uso distorto dello strumento societario"[91].

Resta aperta e da verificare la sussistenza dell'interesse a ricorrere e come può essere soddisfatto: deve infatti sempre sussistere "un giudice a Berlino", quando la decisione può determinare un effetto pregiudizievole violandosi l'art. 24 Cost. Ciò risulta indispensabile laddove la pronuncia di controllo non sia meramente "collaborativa", ma espressione di un controllo di "legittimità-regolarità".

[91] G. ALESSANDRO, *I controlli esterni sulle società in mano pubblica, in Le società a controllo pubblico, a cura di R. Ursi e M. Perrino*, pag. 61, Giappichelli Editore, 2020