

La nozione di controllo congiunto: un cammino tortuoso senza certezze

Rivola E. - 25/6/2024

A livello interpretativo si sono sviluppati tre orientamenti sul controllo pubblico congiunto.

Ad oggi le posizioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, si mostrano ondivaghe, tra pronunce e deliberazioni che affermano, ai fini della sussistenza di tale forma di controllo, il riconoscimento dei comportamenti concludenti, quelle che sottolineano che è sufficiente il capitale pubblico maggioritario, a prescindere da un sistema di coordinamento tra soci pubblici, basato su accordi formali ed infine quelle che ritengono essenziale quest'ultimo.

Dal punto di vista pratico, sposare un orientamento piuttosto che un altro non è privo di effetti e di certo la mancanza di un coordinamento tra soci pubblici mette a rischio l'efficacia stessa del controllo pubblico, rendendolo nei fatti poco praticabile.

1. Gli effetti pratici del controllo congiunto

In linea di principio, il T.U.S.P.P. rimarca una sostanziale “privatizzazione della gestione” delle società partecipate, limitando alle sole controllate l'applicazione di norme vincolistiche specifiche, lasciando “libere” le “mere” partecipate di autoregolamentarsi nel rispetto del diritto privato. Solo le controllate, infatti, sono soggette ai vincoli sulla nomina e sui compensi degli amministratori (art. 11), sulle selezioni pubbliche (art. 19), sulla formulazione e il recepimento degli obiettivi sui costi di funzionamento, sui programmi per il monitoraggio del rischio di crisi di impresa (artt. 6 e 14), ecc.. Tutto ciò senza contare il D.Lgs. n. 36/2023, per quanto concerne gli appalti e i contratti, la normativa sull'anticorruzione e sulla trasparenza introdotte con Legge n. 190/2012, le disposizioni del D.Lgs. n. 231/2007 in materia di antiriciclaggio, ecc[1].

La chiara definizione del perimetro del controllo pubblico, in definitiva, non è certamente priva di effetti.

2. La definizione di “controllo pubblico”.

La definizione di controllo da parte della P.A. è contenuta all'art.2, c.1, lett. b) del D.Lgs. n. 175/2016 ai sensi del quale, per controllo, deve intendersi “*la situazione descritta nell'articolo*

2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”.

Secondo la lettera m) poi, le «società a controllo pubblico» sono quelle “in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)”;

3. I contrasti interpretativi

Il nodo centrale riguarda essenzialmente i presupposti in presenza dei quali più amministrazioni, congiuntamente, possono esprimere il controllo, così come previsto dalla lettera m) dell'art. 2 comma 1 del decreto citato.

Più precisamente si tratta di stabilire se per la sussistenza del controllo congiunto è necessario un accordo formale tra i soci pubblici (lettura asistemica delle due disposizioni di cui alle lettere b) e m) oppure no (lettura combinata delle due disposizioni di cui alle lettere b) e m)).

Sul punto si sono espressi il Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'Autorità nazionale anticorruzione, la giurisprudenza amministrativa e della Corte dei Conti, a livello regionale e Sezioni Riunite, sia in sede consultiva che giurisdizionale.

La Sezione Regionale dell'Emilia Romagna, con la Deliberazione n. 6 /2024/VSGO, sminuisce la portata delle differenze sostanziali su cui i diversi orientamenti in campo si basano, precisando che “Il Collegio non disconosce che a tutt'oggi residua in alcuni ambiti giurisprudenziali qualche dissonanza ermeneutica”.

Francamente le dissonanze sul tema ci paiono molte e sostanziali.

In estrema sintesi, si sono consolidate nella giurisprudenza tre posizioni, una che ritiene imprescindibile uno “*scambio formale di volontà fra i soggetti coinvolti non potendosi desumere la situazione di controllo da meri comportamenti concludenti o da altri “indici presuntivi”*” (si veda Corte dei conti, SS. RR. in spec. comp., sent. n. 17/2023 che richiama Cons. Stato n. 578/2019 e n. 1564/2020; TAR Veneto n. 363/2018; TAR Marche n. 695/2019 e Corte dei conti, SS. RR. in spec. comp., sentt. nn. 16/2019; 17/2019; 25/2019).

Un'altra, ha ritenuto configurabile una situazione di controllo pubblico congiunto di fatto sussistente in tutti i casi di capitale pubblico maggioritario o totalitario indipendentemente dalla formalizzazione di meccanismi di coordinamento. Si richiama, al riguardo, la deliberazione n. 11/SSRRCO/QMIG/19 delle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei Conti alla quale si è allineata la giurisprudenza della Sezione Emilia Romagna sopra richiamata, seppur superata in modo tranciante da successive pronunce in sede giudiziale emesse dalle stesse Sezioni Riunite. Tale arresto della giurisprudenza ha trovato conferma da parte del Consiglio di Stato con la sentenza n.3880 del 9 febbraio 2023.

La Deliberazione n. 6 /2024/VSGO della Sezione Regionale dell'Emilia Romagna, espressione di

questo secondo orientamento, ha infatti ritenuto “*sufficiente, ai fini dell’integrazione della fattispecie delle società a controllo pubblico [...] che una o più amministrazioni pubbliche dispongano, in assemblea ordinaria, dei voti previsti dall’art. 2359 del codice civile*”, come da applicazione letterale del combinato disposto delle lettere b) ed m) dell’art. 2 del T.U.S.P.

Secondo la Corte dei Conti adita vige una presunzione relativa di controllo congiunto rispetto alla quale è ammessa la prova contraria che può essere fornita solo laddove vi sono patti parasociali mentre nel caso in cui questi non vi siano, e quindi quando le difficoltà ad esercitare in concreto il controllo congiunto sono evidenti, la presunzione dell’esistenza di un controllo congiunto diventa assoluta.

Il MEF, Struttura di controllo e monitoraggio, con l’atto di orientamento del 15 febbraio 2018 si è espresso salomonicamente, originando un terzo filone interpretativo basandosi sulla lettura non coordinata delle lett. b) e m) dell’art. 2, comma 1, affermando la rilevanza, ai fini della sussistenza del controllo pubblico congiunto dei “*comportamenti concludenti, pure a prescindere dall’esistenza di un coordinamento formalizzato*”.

Tale ultimo orientamento ha trovato sponda nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 aprile 2023.

Si tratta in buona sostanza di tre posizioni ben distinte, prive di un minimo comune denominatore che si fondano rispettivamente sugli atti quali la legge, lo statuto o i patti parasociali, sulla sostanza dei comportamenti concludenti o sul dato aggregato a prescindere dalla presenza di un “centro unitario” di comando.

4. Conclusioni

A nostro modo di vedere non trovano facile applicazione gli orientamenti basati sui comportamenti concludenti o quelli che ritengono sufficiente la mera somma di partecipazioni pubbliche per la configurazione del controllo pubblico congiunto.

Infatti, detta forma di controllo, con gli effetti che ne conseguono in ordine all’assoggettamento a rigide norme vincolistiche, da un lato lascerebbe le società in balia delle dinamiche relazionali del momento, con il rischio di essere soggetti, ad esempio, agli obblighi di selezione pubblica a periodi alterni; dall’altro verrebbe a mancare un “centro di comando” da cui far discendere, in modo chiaro e soprattutto condiviso, ad esempio, gli obiettivi sui costi di funzionamento di cui all’art. 19 del T.U.S.P.P., evitando che più pubbliche amministrazioni li stabiliscano in modo differente rendendo impraticabile per le società il loro recepimento.

A nostro modo di vedere l’unica tesi in concreto applicabile è quella delle sezioni Riunite che con Sentenza 7 luglio 2019, n. 17, ai fini della configurazione del controllo congiunto, ritiene necessaria la presenza di forme di coordinamento istituzionalizzato e centralizzato che permettano la definizione di strategie e l’assunzione di decisioni relative all’attività sociale a

fronte del consenso unanime di tutti i soci pubblici che condividono il controllo.

[1] Cfr. La necessità di un coordinamento istituzionalizzato tra soci pubblici ai fini della legittima detenzione di partecipazioni, di Iacopo Cavallini, Maria Orsetti - Dipartimento di Economia e Management, Università di Pisa ed Edoardo Rivola - Dottore Commercialista e Revisore Legale, in IPSOA AZIENDITALIA ENTI LOCALI N. 5/2020.