



CORTE DEI CONTI

SEZIONE DI CONTROLLO PER LA REGIONE SICILIANA

Nella camera da consiglio del 10 luglio 2024 composta dai seguenti magistrati:

Paolo	PELUFFO	Presidente
Giuseppe	GRASSO	Consigliere
Antonino	CATANZARO	Primo Referendario - relatore
Massimo Giuseppe	URSO	Primo Referendario
Giuseppe	DI PRIMA	Referendario

VISTO l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

VISTA la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

VISTO il T.U. delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'art. 23 del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (*Approvazione dello Statuto della Regione siciliana*);

VISTO l'art. 2, comma 2, del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 655 (*Istituzione di sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana*);

VISTA la deliberazione adottata dalle Sezioni Riunite n. 14 del 16 giugno 2000 recante il *Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti*;

VISTO l'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*);

VISTA la deliberazione n. 32/2013/SSRR/PAR, in data 30 settembre 2013, delle Sezioni riunite per la Regione siciliana in sede consultiva;

VISTA la richiesta di parere avanzata dal Fondo Pensioni della Regione siciliana con

nota prot. 20156 del 2/7/2024, prot. Corte 4976 del 2/7/2024;

VISTO il decreto del Presidente Aggiunto n. 42 del 28 marzo 2022 di nomina del relatore, Referendario Antonino Catanzaro;

VISTE l'ordinanza n. 53 del 25 giugno 2024 del Presidente della Sezione di controllo di nomina e convocazione del Collegio per l'odierna camera di consiglio

UDITO il relatore, Primo Referendario Antonino Catanzaro,

ha emesso la seguente

DELIBERAZIONE

Il Fondo Pensioni Sicilia ha inviato, con la nota prot. 20156 del 2/7/2024, una richiesta ai sensi dell'art.5 del d.lgs. n. 175 del 2016 concernente la costituzione di un comparto dedicato di un OICR (Organismo di Investimento Collettivo del Risparmio) per la gestione dinamica degli investimenti del Fondo Pensioni Sicilia. Con tale scelta, sostiene il Fondo, si potrebbe utilizzare in modo produttivo l'ingente liquidità che si forma con cadenza periodica nel patrimonio dell'Ente, anche in conseguenza del rientro di operazioni di investimento, normalmente non movimentata e che, ove investita, fermi restando i vincoli fissati dal Regolamento e dai criteri generali stabiliti dal CIV (Consiglio di Indirizzo e Vigilanza), condurrebbe ad un incremento dei rendimenti, garantendo il perseguimento del fine pubblico demandato all'Ente e, nello specifico, la maggiore solidità del capitale contributivo. E tale investimento sarebbe del resto una scelta conforme a quanto già operato da numerosi altri fondi pensionistici italiani. Il tutto poi avverrebbe attraverso una procedura di scelta trasparente del soggetto privato, ben documentata nella documentazione allegata. Il Fondo solleva però nello stesso tempo un dubbio sulla normativa applicabile e dunque sulla competenza stessa della Corte sulla questione. Infatti non appare certo che quanto deliberato dall'Ente possa ritenersi riconducibile al perimetro della disciplina delle società partecipate, quanto piuttosto alla normativa speciale del Tuf (Testo Unico sulla Finanza). E ciò perché, come riporta la stessa nota in questione, anche se la Sgr (Società di Gestione del Risparmio) ha natura di società di capitali, in realtà gli investitori titolari di comparti dell'OICR godono di diritti sociali strettamente legati ai mandati di gestione di portafoglio conferiti nel veicolo, ed essi vengono meno o variano non già per cessione di quote del capitale sociale ad altri investitori, ma per effetto della

conclusione naturale dell'investimento, perché i titoli vengono a scadenza, ovvero perché sono oggetto di cessione o acquisto nei mercati regolamentati.

L'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, come recentemente modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della legge n. 118 del 2022 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza) prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso dall'Amministrazione pubblica procedente (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 175 del 2016) all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri attribuiti dall'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che deve deliberare, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Il successivo comma 4 dell'art. 5 dispone che, per gli atti delle Amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali, sono competenti le Sezioni riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è invece competente la relativa 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 novella normativa precisa che, qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine prescritto di sessanta giorni, l'Amministrazione possa procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione. Sempre il comma 4 puntualizza che 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 sul proprio sito internet istituzionale. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'Amministrazione pubblica interessata ritenga di procedere egualmente, la stessa 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 motivazioni.

La modifica apportata all'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 ad opera della legge n. 118 del 2022 ha investito, pertanto, l'esame svolto dalla Corte dei conti sugli atti di costituzione di una nuova società ovvero di acquisizione di una partecipazione in società già esistente, da parte

di una Pubblica amministrazione, creando quindi un nuovo particolare tipo di controllo di legittimità/regolarità. In via preliminare rispetto all'esame nel merito della questione, appare utile fornire un inquadramento sistematico del contesto normativo in cui la novella legislativa viene ad inserirsi, alla luce del quale va fornita risposta al quesito sollevato. 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, è volta a tradurre in attuazione la determinazione amministrativamente assunta, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale). 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 della fase precedente, alla giurisdizione ordinaria. La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili. In primo luogo, l'atto deliberativo assume rilevanza sul piano del diritto privato (Corte cost. n. 227/2020); si pensi al riguardo alle conseguenze che la mancanza o l'invalidità dell'atto amministrativo deliberativo produce in termini di nullità ex art. 2332 c.c. della società neocostituita, ove esso riguardi una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale (art. 7, c. 6, TUSP), ovvero in termini di inefficacia del contratto di acquisto delle partecipazioni (art. 8, c. 2, TUSP). Per altro verso, l'intervento pubblico in una realtà societaria rischia di alterare il meccanismo concorrenziale del mercato

(Corte costituzionale sentenza n. 251/2016) e si riverbera sulla finanza pubblica, impegnando risorse derivanti dal bilancio 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 10 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).

È alla luce di tale inquadramento che assumono pieno significato le disposizioni dell'art. 5 TUSP, le quali impongono un rigoroso onere di motivazione analitica dell'atto in discorso, sottoponendolo all'esame della Corte dei conti per intercettare tempestivamente eventuali criticità ed esprimendo valutazioni che potrebbero emergere in sede di controllo sui piani di razionalizzazione ex art. 20 TUSP. Come sopra richiamato, l'intervento normativo delinea i tratti essenziali della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti, precisandone i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti. In ordine ai primi, il richiamo effettuato dall'art. 5, comma 3, ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'Amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a: a) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo TUSP); b) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; c) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; d) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Inoltre la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli articoli 4, 7 e 8 del TUSP, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. L'impianto normativo, già oggetto di esame, nel corso dell'iter parlamentare, da parte delle Sezioni riunite nella deliberazione n. 1/SSRRCO/AUD/22, "Memoria sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021", evidenzia, in primo luogo, come gravi sull'Amministrazione precedente

l'onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di costituzione della società (o di acquisto di una partecipazione) e nei relativi allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi. La novella normativa ha precisato, poi, sul piano procedurale, i termini entro i quali la Corte dei conti deve procedere all'esame della delibera (sessanta giorni) e le modalità di comunicazione all'Amministrazione dell'esito finale della verifica, nonché gli obblighi di pubblicazione imposti a quest'ultima. Infine, il legislatore è intervenuto sugli esiti della funzione attribuita alla magistratura contabile, prevedendo, da un lato, che l'Amministrazione pubblica, in caso di mancato pronunciamento entro sessanta giorni, possa procedere alla costituzione o all'acquisizione della società e, dall'altro, che, in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'Amministrazione intenda procedere egualmente, è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali ritenga di discostarsene e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali motivazioni.

Nel caso in oggetto però appare convincente la ricostruzione operata dallo stesso Fondo, e quindi questa Sezione deve dichiarare la inammissibilità oggettiva del quesito posto perché la delibera del Fondo deve considerarsi rientrante nell'ambito di applicazione della disciplina speciale del TUF (Testo Unico sulla Finanza) e non del suddetto art. 5 d.lgs. n. 175 del 2016.

P.Q.M.

la Sezione di controllo per la Regione siciliana dichiara oggettivamente inammissibile, nei termini precisati in motivazione, la richiesta di parere avanzata dal Fondo pensioni Sicilia ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 175 del 2016.

Copia della presente deliberazione sarà inviata, a cura della Segreteria, all'Amministrazione richiedente.

Così deliberato in Palermo, nella camera di consiglio del 10 luglio 2024.

L'ESTENSORE

Antonino Catanzaro

IL PRESIDENTE

Paolo Peluffo

Depositato in Segreteria il 26 agosto 2024.

IL FUNZIONARIO RESPONSABILE

Boris Rasura