



Studio n. 120-2015/I

Il procedimento ex art. 115 T.U.E.L. di trasformazione e di scissione di aziende speciali e consorzi di enti pubblici in società di capitali: l'adeguamento interpretativo alla disciplina vigente del codice civile

Approvato dall'Area Scientifica – Studi d'Impresa il 1° ottobre 2015

Lo studio in sintesi (Abstract): *Lo studio esamina la disciplina della trasformazione di aziende speciali e dei consorzi in società, contenuta nell'art. 115 del T.U.E.L., norma che risente di "obsolescenza normativa" dovuta alla circostanza che la sua stessa formulazione è anteriore alla riforma del diritto societario. Una rilettura della disposizione, quella che si propone nello studio, che si rende necessaria alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 6/2003, tenuto conto del fatto che a tale disciplina si fa ancora ricorso nell'ambito della riorganizzazione dei servizi pubblici cui gli enti locali sono stati obbligati dalle norme succedutesi negli ultimi anni. Richiamata la natura giuridica degli enti coinvolti nell'operazione, lo studio chiarisce come la trasformazione in discorso si connota come vera e propria trasformazione, caratterizzata da quello stesso principio di continuità predicato dall'art. 2498 c.c., cui tuttavia non si applica l'art. 2500-novies. Si esamina poi la portata delle semplificazioni relative alla delibera consigliare o del consorzio che tengono luogo dell'atto di trasformazione in forma notarile, sottolineando la criticità di possibili deficit sul piano del controllo di un'operazione che va pur sempre riguardata in termini di modifica delle regole organizzative. Dopo essersi esclusa la vigenza della previsione che importerebbe l'obbligo di dismissione delle azioni entro due anni e precisato che l'esito della trasformazione può essere anche una società a responsabilità limitata, si affrontano le questioni procedurali, a cominciare dall'applicabilità del procedimento di valutazione ex art. 2465 c.c. nel caso in cui risultante dalla trasformazione sia una s.r.l. e dal ricorso al procedimento alternativo ex art. 2343 ter c.c., per poi approfondire la tempistica entro la quale deve svolgersi l'operazione, specie con riferimento al termine entro il quale deve pervenirsi alla definitiva determinazione dei valori patrimoniali imputati alla società risultante dalla trasformazione, nonché le conseguenze del loro mancato rispetto per gli amministratori. Si esamina poi la disciplina della "scissione semplificata" dell'azienda speciale, che il legislatore configura solo come scissione in favore di società di nuova costituzione, il che non esclude la possibilità di una scissione in favore di soggetto preesistente (non semplificata).*



Sommario: 1. Introduzione. Le ragioni dell'indagine; 2. La genesi storica della disposizione; 3. La qualificazione attuale della fattispecie come trasformazione; 4. La delibera consigliare o delibera del consorzio in luogo dell'atto di trasformazione in forma notarile; 5. Obbligo di dismissione delle azioni entro due anni?; 6. Trasformabilità ex art. 115 T.U.E.L. in società a responsabilità limitata?; 7. Trasformazione in s.r.l. e applicabilità del procedimento di valutazione di cui all'art. 2465 c.c.; 8. La perizia di stima per la determinazione definitiva dei valori patrimoniali di trasformazione. In ordine alla possibilità di ricorrere al procedimento alternativo di cui all'art. 2343 ter c.c.; 9. Il termine massimo entro il quale deve pervenirsi alla definitiva determinazione dei valori patrimoniali imputati alla società risultante dalla trasformazione; 10. Le sanzioni a carico degli amministratori che non rispettano i termini previsti per la definitiva determinazione dei valori patrimoniali; 11. La pubblicazione nel registro delle imprese della relazione di stima dell'esperto; 12. Un esempio esplicativo; 13. La scissione dell'azienda speciale; 14. L'applicabilità ai consorzi.

1. Introduzione. Le ragioni dell'indagine

Le recenti restrizioni normative all'impiego dello strumento societario da parte di enti pubblici ⁽¹⁾ non escludono (anzi, probabilmente rafforzano) la necessità di attuare processi riorganizzativi soggetti (o assoggettabili, qualora si opti per il suo carattere opzionale e non cogente) alla disciplina dell'art. 115 D.lgs. 18 agosto 2000 n.267 (in seguito: T.U.E.L.), disposizione che già ad una lettura superficiale alimenta dubbi interpretativi e solleva questioni applicative, non fosse altro perché appare afflitta da "obsolescenza normativa".

La ragione è storica: l'art. 115 T.U.E.L. (D. Lgs.18 agosto 2000, n. 267) è stato formulato prima della riforma del diritto societario (D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) e, in quanto parte di un "testo unico", risente dell'originaria stesura della disposizione contenuta nell'art. 17, commi 51 e ss., della legge 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Legge Bassanini-*bis*).

Nel frattempo molta acqua è passata sotto i ponti, il diritto societario è stato ampiamente modificato, senza che alcuno si preoccupasse di adeguare la disciplina in esame ai mutamenti delle norme di riferimento o richiamate: è sufficiente notare che il comma 7 rinvia ad articoli del Codice Civile (2504-*septies* e 2504-*decies*, c.c.) ora soppressi.

All'inerzia legislativa si accompagna l'assenza di arresti giurisprudenziali o di studi teorici, così che quel procedimento di trasformazione sembra un vecchio arnese abbandonato nella soffitta dell'ordinamento.

Come talvolta accade, anche un vecchio arnese può tornare utile, ed oggi gli enti, pressati dall'accennata esigenza riorganizzativa, sembrano riscoprirne le virtù dimenticate.

Di qui l'esigenza di una "manutenzione interpretativa" della disposizione, per consentirne la funzionalità e per migliorarne, nei limiti concessi all'interprete, l'efficienza applicativa, mediante una lettura non solo coordinata con la disciplina societaria vigente, ma anche sistematicamente adeguata alla costante evoluzione di quest'ultima.

In particolare, l'attenzione sarà focalizzata sul primo, sul secondo e sul terzo comma, che tracciano le linee fondamentali della disciplina che ci interessa; sul comma 7-*bis* che disciplina la



trasformazione dei consorzi di comuni anche mediante rinvio ai commi sopra citati; ed infine sul comma 7, che consente la scissione “semplificata” dell’azienda speciale.

2. La genesi storica della disposizione

L’operazione ermeneutica proposta non può non muovere da una sintetica rievocazione della genesi della disposizione, poiché ragioni e scopo della sua introduzione nell’ordinamento rappresentano coordinate fondamentali dell’iter interpretativo cui ci accingiamo.

Storicamente, l’espressa previsione del ricorso allo strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali risale alla legge 8 giugno 1990, n. 142, il cui art. 22, comma 3, lett. e), nella sua formulazione originaria consentiva ai comuni e alle province di gestire i servizi pubblici a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, “qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati”.

Si è al riguardo parlato di “privatizzazione formale”, che si ha quando l’ente pubblico adotta degli strumenti privatistici per la gestione di un’attività prima esercitata sotto forme pubblicistiche ⁽²⁾. Successivamente, con la legge 498/1992, si è ammesso il ricorso anche società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui all’articolo 22 della legge 142/1990 (la c.d. privatizzazione sostanziale).

Dunque, in un momento storico in cui forte era la tendenza a tentare la strada della privatizzazione, nella prospettiva di apertura ai capitali di privati, si colloca anche la norma in discorso, volta ad agevolare il passaggio da un istituto pubblicistico (l’azienda speciale, il consorzio) a quello codicistico della società per la gestione dei servizi pubblici, nella prospettiva, all’epoca dominante, che la gestione dei servizi in forma privatistica assicurasse snellezza, riduzione dei costi e maggiore efficienza.

In particolare, per ciò che concerne l’azienda speciale, questa è definita dall’art. 114 del T.U.E.L. quale “ente strumentale dell’ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale”.

È un dato di fatto che – già con la legge 142/1990 – l’azienda speciale abbia cessato di essere una “azienda organo”, assumendo autonoma personalità giuridica e la qualifica di ente, caratterizzandosi, comunque, per la sua alterità rispetto all’ente locale.

E, tuttavia, ciò non comporta il venir meno dei suoi connotati pubblicistici ⁽³⁾.

Nonostante, quindi, sia stato introdotto l’obbligo per le aziende speciali di iscriversi e depositare i propri bilanci al registro delle imprese, esse conservano la propria natura pubblicistica e non sono assimilabili agli altri enti privati.

Allo stesso modo, anche la natura dei consorzi fra comuni risente di una forte connotazione pubblicistica. La materia era originariamente disciplinata dall’art. 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142, il quale disponeva che “I comuni e le province, per la gestione associata di uno o più servizi e l’esercizio di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende



speciali di cui all'articolo 23, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, ivi comprese le comunità montane, quando siano a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti". Inoltre, il comma 7- *bis* dello stesso articolo prevedeva che "Ai consorzi che gestiscono attività aventi rilevanza economica e imprenditoriale, ai consorzi creati per la gestione dei servizi sociali se previsto nello statuto, si applicano, per quanto attiene alla finanza, alla contabilità ed al regime fiscale, le norme previste per le aziende speciali. Agli altri consorzi si applicano le norme dettate per gli enti locali".

Sostanzialmente, quindi, notevole era l'attrazione verso le regole proprie dell'azienda speciale. Quest'ultima, non va dimenticato, si configura come ente strumentale dell'ente locale, il quale mantiene uno speciale potere di indirizzo, ratifica e vigilanza, è dotata di personalità giuridica, autonomia imprenditoriale e con un proprio statuto - che ne disciplina, con i regolamenti, l'ordinamento ed il funzionamento - approvato dal consiglio comunale o provinciale. Essa può dunque farsi rientrare nell'ambito degli enti pubblici economici, in quanto, pur se sottoposta a poteri di indirizzo e vigilanza da parte dell'amministrazione, è comunque dotata di incisive autonomie; il rapporto fra l'ente locale e l'azienda speciale si qualifica sempre come rapporto fra enti diversi, pur restando il primo ente sovraordinato al secondo: l'ente locale, infatti, conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali (art. 23, legge 142/1990, e oggi art. 114 T.U.E.L.).

Sul piano ricostruttivo, la dottrina dava ampio rilievo a tale espressa ed integrale equiparazione sancita dalla legge tra i consorzi che gestiscono attività economico-imprenditoriali e le aziende speciali: a questi infatti si applicavano, in deroga all'art. 51, l. n. 142 del 1990, «tutte le disposizioni previste dall'art. 23 della medesima legge e dalle altre norme» concernenti le aziende, tra cui in particolare quelle finanziarie, contabili e fiscali. Agli altri consorzi, si precisa invece, si applicano le norme proprie degli enti locali.

Da ciò si faceva discendere una tripartizione funzionale dei consorzi con partecipazione degli enti locali in consorzi amministrativi per l'esercizio di funzioni, consorzi -impresa per la gestione di servizi (anche sociali) e consorzi misti ⁽⁴⁾.

Per i secondi, in particolare, si riteneva che l'integrale equiparazione all'azienda fosse sufficiente da una parte a qualificarli come enti pubblici strumentali, dotati di autonomia imprenditoriale, e dall'altra ad escluderne la forma societaria prevista dall'art. 2615-*ter*, c.c.

Mentre, per i consorzi misti, il dubbio se trovassero loro applicazione le norme degli enti locali o quelle dell'impresa, veniva risolto con il criterio della prevalenza, per cui era decisiva l'esigenza di «aprire» la struttura associativa dell'impresa pubblica e di garantirne la piena autonomia imprenditoriale in sede operativa.

Le conclusioni, invero, non sono differenti neppure dopo l'entrata in vigore del T.U.E.L. (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), il cui art. 31 prevede, da un lato, che gli enti locali per la gestione



associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, quando siano a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti, riproducendo, quindi, il comma 1 dell'art. 51 della legge sulle autonomie locali. E dall'altro lato, rinvia ancora alle aziende speciali per quanto riguarda i consorzi che operano nella gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica ex art. 113- *bis* T.U.E.L.

Nonostante le finalità iniziali della disposizione siano state completamente disattese alla prova dei fatti, tanto che si può oggi discorrere di una totale sfiducia verso il modello della società a partecipazione pubblica, le esigenze di riorganizzazione del sistema complessivo dei servizi pubblici, anche alla luce delle ultime disposizioni dettate in materia, vedono aprirsi rinnovati spazi di utilizzo della disciplina in esame.

3. La qualificazione attuale della fattispecie come trasformazione

Ai sensi del primo comma, “i comuni, le province, e gli altri enti locali, possono, per atto unilaterale, trasformare le aziende speciali in società di capitali”. Il settimo comma del medesimo articolo estende tale prerogativa ai consorzi di comuni costituiti ai sensi dell’art. 31 T.U.E.L.

All’epoca della sua introduzione nell’ordinamento la fattispecie prospettata dalla norma risultava fortemente eccentrica rispetto al sistema, che ascriveva alla trasformazione la natura di modifica del solo contratto di società.

Si comprende allora perché la dottrina fosse divisa fra chi vi ravvisava, a dispetto della lettera, una mera disciplina derogatoria del procedimento di costituzione di società di capitali ⁽⁵⁾, seppur predicata dalla continuità dei rapporti giuridici rispetto all’azienda conferita, e chi optava per la qualificazione come trasformazione atipica ⁽⁶⁾.

Molti dei fattori di atipicità della fattispecie sono stati eliminati o ridimensionati dalla riforma del diritto societario (si pensi, per esempio, alla situazione di unipersonalità originaria nella quale veniva a trovarsi la S.p.A., atipicità che, a ben vedere, poteva essere sostenuta solo riconoscendo nella fattispecie un procedimento costitutivo e non di trasformazione di un ente preesistente); la stessa possibilità di riconoscerle una trasformazione risulta estremamente semplificata dall’ampliamento della sua nozione che le norme degli artt. 2500-*septies* e 2500-*opties* e 2498 c.c. accreditano.

E’ sufficiente rammentare, infatti, che essa non designa più una vicenda inerente esclusivamente ai patrimoni autonomi, poiché comprende, tipicamente, anche il “passaggio” da comunione di azienda a società e viceversa.

Ne consegue, che il riferimento all’“ente” contenuto nell’art. 2498 c.c. non può essere più inteso come sinonimo di patrimonio autonomo, ma deve essere diversamente decodificato come “insieme di regole di organizzazione, tipizzate e perciò dotate di un proprio *nomen iuris* (società e



poi società dei vari tipi previsti, consorzi, cooperative, associazioni e così via)”, poiché la trasformazione è, oggi più di ieri, funzionalmente preordinata a consentire di adottare via via quelle più idonee allo svolgimento dell’attività programmata ⁽⁷⁾.

Alla luce dell’evoluzione normativa e della testuale applicazione alla fattispecie in esame di quel principio di continuità (art. 115 primo comma: “Le società conservano tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione e subentrano pertanto in tutti i rapporti attivi e passivi delle aziende originarie”) che rappresenta il tratto qualificante della disciplina della trasformazione (art. 2498: “Con la trasformazione l’ente trasformato conserva i diritti e assume gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell’ente che ha effettuato la trasformazione”), non sembra che la qualificazione sostanziale, oltre che letterale, sia ulteriormente discutibile.

L’evoluzione di un’azienda speciale o di un consorzio di comuni in società è una trasformazione, esattamente come è trasformazione il percorso inverso, secondo quanto recentemente deciso dalla Corte dei Conti - Sezione delle Autonomie, con delibera 21 gennaio 2014 n. 2, in cui si è affermata, da un lato, l’ammissibilità della prospettata operazione, alla luce dell’interpretazione sistematica delle disposizioni di cui all’art. 2500-*septies* c.c. e, in particolare, del principio di continuità (art. 2498 c.c.) applicabile a tutte le ipotesi di trasformazione societaria, tenuto conto della natura degli organismi oggetto di trasformazione; e, dall’altro lato, l’irrelevanza del fatto che la norma contempli solo l’ipotesi inversa (trasformazione da azienda speciale in società) se si inquadra il fenomeno nella giusta prospettiva storica. La previsione, infatti, era volta a garantire la piena espansione del mercato e a limitare ogni vulnus alla concorrenza, in un contesto politico-economico che è però ormai risalente, mentre oggi non ha ragione di esistere la preoccupazione di un possibile impiego dell’istituto dell’azienda speciale a scopi elusivi dei vincoli di finanza pubblica poiché la relativa normativa prevede misure più severe di quelle riferite alle società di capitali che gestiscono servizi pubblici locali ⁽⁸⁾.

Alla qualificazione consegue che la disciplina speciale contenuta nei commi primo, secondo e terzo, e nel comma 7 bis dell’art. 115 T.U.E.L. potrà essere integrata attingendo alle norme in materia di trasformazione in società, in via di interpretazione analogica.

Il riferimento è la trasformazione predicata come omogenea o quella eterogenea?

La specialità della disciplina contenuta nell’art. 115 T.U.E.L., la sua pre - vigenza rispetto all’ingresso nell’ordinamento di quella da applicarsi in caso di mutamento funzionale dell’organizzazione di arrivo rispetto a quella di partenza, inducono a privilegiare la prima alternativa; o forse, per meglio dire, ad escludere l’applicabilità dell’art. 2500-*novies* c.c. e quindi il diritto di opposizione dei creditori.

Non si spiegherebbe, infatti, l’incremento di tutela di cui il ceto creditorio godrebbe rispetto ad una fattispecie già presente nell’ordinamento e la cui disciplina, come più volte ribadito, è rimasta immutata nel tempo: fatto storico che esclude la possibilità di postulare un deficit di disciplina da colmare in via di applicazione analogica.



4. La delibera consigliare o delibera del consorzio in luogo dell'atto di trasformazione in forma notarile

La peculiarità della disciplina, la ragione della deroga a quella che ordinariamente presiede i processi di trasformazione e quindi, per effetto del rinvio contenuto nell'art. 2500 c.c., anche quelli costitutivi nasce (esclusivamente) dalla volontà di favorire il processo di privatizzazione semplificando la procedura e sostituendo l'atto notarile tradizionale con la delibera del consiglio comunale o con la delibera del consorzio, come chiaramente enunciato nel comma 7-bis dell'art. 115 T.U.E.L. ("le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche alla trasformazione dei consorzi, intendendosi sostituita al consiglio comunale l'assemblea consortile").

La possibilità di attuazione dell'obiettivo presuppone il necessario adattamento della disciplina della trasformazione, per rendere praticabile agli effetti desiderati un atto di contenuto e valore anche politico.

Il precipitato più immediato, sul piano della semplificazione della disciplina procedimentale della trasformazione, è oggi rappresentato dalla possibilità di posticipare la redazione della relazione di stima del patrimonio dell'ente, a tutela dei terzi, ad una fase successiva all'iscrizione della società nel registro delle imprese, e quindi ad una fase successiva alla sua "costituzione", scelta che dà adito ad una serie di questioni interpretative, come vedremo nel corso dell'approfondimento.

Esclusa tale peculiarità, non sembra discutibile che la delibera consiliare o consortile di trasformazione debba contenere tutte "le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato", a mente dell'attuale art. 2500 c.c., come si desume implicitamente dal secondo comma dell'art. 115 T.U.E.L., ai sensi del quale "la deliberazione di trasformazione tiene luogo di tutti gli adempimenti in materia di costituzione della società previsti dalla normativa vigente".

Il testo soffre il mancato coordinamento con la riforma del diritto societario che recepisce, nella nuova formulazione dell'art. 2330, c.c., il portato della legge 340 e contemporaneamente espunge anche la norma che prevedeva la pubblicazione nel B.U.S.A.R.L. (art. 2330-bis, previgente).

Si è posto il problema di chi sia il soggetto legittimato a svolgere nella fattispecie il controllo preteso dalla disciplina comunitaria (la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 settembre 2009, n. 2009/101/CE, che, ai sensi dell'art. 1, trova applicazione, per l'Italia, per le società di capitali, prevede, all'art. 11, che "In tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico". Di identico tenore era l'art. 10 della prima direttiva CEE n. 68/151 del 9 marzo 1968, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, n. 65 del 1968) ogniqualvolta una società di capitali fa ingresso nell'ordinamento.



L'art. 115 T.U.E.L., e le istanze di semplificazione che lo muovono, sembrano prescindere dall'intervento del notaio, unico soggetto legittimato a svolgere il controllo di legittimità ai sensi degli artt. 2330 e 2436 c.c., e pertanto occorre valutare, in via alternativa, la possibilità di accedere ad una diversa soluzione (a meno di non voler considerare abrogato l'articolo in esame).

Secondo un orientamento si dovrebbe affermare la permanenza del controllo di legittimità del tribunale, non diversamente da altre ipotesi (ad esempio, la conversione in euro del capitale della società ad opera degli amministratori di società, ex art. 17, comma 5, del d.lgs. 213/1998, allorché questi decidano di non ricorrere alla verbalizzazione notarile), al fine di assicurare il rispetto della disciplina comunitaria⁽⁹⁾.

In alternativa, la giurisprudenza ha sostenuto la competenza del conservatore del registro delle imprese, sulla base dell'affermazione per la quale "non è ipotizzabile una sorta di sopravvivenza del giudizio di omologazione con riferimento alle deliberazioni assembleari di consorzio intercomunale di trasformazione in società per azioni, prevalendo quindi, pur nel mutato quadro legislativo, la loro natura formale di delibera di assemblea consortile, consentita dalla legge speciale, cosicché di esse può chiedersi direttamente l'iscrizione nel registro delle imprese"⁽¹⁰⁾.

Entrambe le tesi non risultano appaganti - se non anche sul piano sistematico, dato che dopo la riforma del 2003 la trasformazione è sempre da riguardarsi alla stregua di una modifica delle regole organizzative, alla quale si applica la disciplina dell'art. 2436, c.c. - quantomeno sul piano applicativo.

Non sembra revocabile in dubbio la possibilità di ricorrere comunque all'opera del notaio, che potrà:

a) ricevere in deposito la delibera del Consiglio Comunale o la delibera dell'assemblea del consorzio, al fine di procedere al deposito presso il Registro delle Imprese, avendo accertato la ricorrenza delle condizioni di legittimità;

b) stipulare un atto unilaterale di trasformazione dell'azienda municipalizzata o redigere il verbale dell'assemblea del consorzio di comuni, e poi procedere all'iscrizione dell'atto o della delibera, con le modalità consuete.

5. Obbligo di dismissione delle azioni entro due anni?

Per quanto tuttora presente nel testo normativo, l'obbligo di dismissione parziale delle partecipazioni della società risultante dalla trasformazione, entro due anni, rappresenta il retaggio di una disciplina che non ha più ragione d'essere e per orientamento pacifico è considerato implicitamente abrogato per effetto della riforma del diritto societario, da un lato poiché non più motivato da un'esigenza di protezione dell'ente pubblico rispetto al rischio di responsabilità patrimoniale che poteva coinvolgere l'unico socio, dall'altro "considerando anche il fatto che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale successiva ad essa pone ormai su un piano tutt'affatto



diverso la scelta fra gestione *in house* e partenariato pubblico-privato istituzionale; e comunque soggiace a una disciplina assai più complessa, dettata in funzione pro-concorrenziale (cfr., dapprima, l'art. 23 bis commi 3, 4 e 4-bis d.l. n. 112/2008 ora abrogato dall'art. 1, comma 1, D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 all'esito del referendum popolare, del giugno 2011; successivamente l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, dichiarato incostituzionale con sentenza n. 199 del 2012 in quanto diretto a ripristinare norme abrogate dalla volontà popolare col suddetto referendum, quindi in contrasto con il divieto desumibile dall'art. 75 Costituzione; vicende, queste, che hanno determinato la reviviscenza del quadro precettivo derivante dagli artt. 113, 113-bis, 115 e 116 del d.lgs. n. 267 del 2000 e successive modificazioni ed integrazioni)" ⁽¹¹⁾.

Invero, nell'attuale assetto della disciplina che il legislatore dedica alla partecipazione pubblica locale in società, gli obblighi di dismissione, pure rinvenibili nel sistema, nulla hanno più a che vedere con il limite ancor oggi presente nel comma 1 dell'art. 115 (che consente agli enti pubblici locali di «restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione»): quest'ultimo poteva esser considerato, a seconda della prospettiva privilegiata nella ricostruzione della vicenda trasformativa, una deroga alla previsione di cui al n. 8) dell'art. 2332 previgente (nullità per mancanza di pluralità di fondatori) ovvero una norma di raccordo con il disposto dell'art. 2362, previgente, in tema di azionista unico. Disposizioni entrambe abrogate dalla riforma. Nulla a che vedere, insomma, con le attuali previsioni che impongono la dismissione di partecipazioni, vuoi con finalità proconcorrenziali, vuoi con l'obiettivo di ridurre i costi ⁽¹²⁾.

6. Trasformabilità ex art. 115 T.U.E.L. in società a responsabilità limitata?

L'interrogativo nasce dalla constatazione degli ampi margini di ambiguità che caratterizzano la disciplina in esame sotto il profilo della definizione del suo ambito applicativo.

Se la rubrica non è significativa (perché se è vero che richiama solo la trasformazione in società per azioni, è anche vero che ignora il consorzio di comuni, espressamente contemplato), nel corpo normativo la regola principale, che ammette la trasformabilità in "società di capitali" genericamente intese, è seguita da frammenti di disciplina riferiti espressamente all'azionista (primo comma) o alle azioni (terzo comma).

In proposito si può rilevare che, se già in passato emergevano perplessità sulla scelta di considerare la S.p.A. unica forma societaria proficuamente utilizzabile per attuare la privatizzazione dei servizi pubblici ⁽¹³⁾, oggi ci si può orientare con decisione a favore della tesi dell'ammissibilità della trasformazione anche in società a responsabilità limitata, con scopo di lucro o con scopo consortile.

Infatti, la predilezione per il modello S.p.A. che sembra trapelare dal tessuto normativo era certamente frutto del momento storico nel quale la disposizione affonda le radici.

A quell'epoca la legittimità del ricorso al modello organizzativo della società a responsabilità limitata nel settore dei servizi pubblici rappresentava una conquista recente (appunto con la legge



n. 127/97 che aveva riconosciuto la fruibilità della s.r.l. come modulo organizzativo per la gestione dei servizi pubblici) e forse neanche consolidata, a fronte dell'atteggiamento restrittivo assunto in precedenza dalla giurisprudenza⁽¹⁴⁾.

La norma tradisce tale incertezza, forse accresciuta ulteriormente dal fatto che già la legittimazione della trasformazione delle aziende speciali in società rappresentava a sua volta una scelta fortemente eccentrica rispetto al sistema vigente, come ricordato.

Inoltre, la logica di privatizzazione, che rappresentava la ragione economica della concessa trasformazione, induceva a vedere nella S.p.A. il modello organizzativo più adatto allo scopo.

La situazione storica e gli obiettivi contingenti di politica economica spiegano il motivo per cui la disciplina dell'art. 115 T.U.E.L., dopo un incipit "aperto" ("I comuni, le province e gli altri enti locali possono, con atto unilaterale, trasformare le aziende speciali in società di capitali..."), sia stata calibrata sul modello azionario.

Nel frattempo, tuttavia, la trasformazione è divenuto istituto di natura generale, applicabile sistematicamente al di fuori delle ipotesi testualmente ammesse; la società a responsabilità limitata è divenuta modello di arrivo pacificamente ammesso anche rispetto ad ipotesi di evoluzione organizzativa di natura eterogenea o atipica; le ragioni di politica economica che giustificano l'evoluzione organizzativa non sono più solo quelle presenti al momento dell'emanazione della norma, ma ad esse se ne sono aggiunte altre, come emerge nitidamente dalle legislazioni successive e da quella attualmente vigente cui si è fatto cenno nel prologo del presente studio.

Dunque, stante l'assenza di ostacoli sistematici e funzionali, non si dubita più della possibilità di ricorrere al procedimento disciplinato nell'art. 115 T.U.E.L. per trasformare un'azienda speciale o un consorzio di comuni in società a responsabilità limitata (anche consortile), "potendosi ragionevolmente sciogliere in senso estensivo la contraddizione fra rubrica e testo dell'art. 115 T.U.E.L., in punto a tipologia utilizzabile"⁽¹⁵⁾.

7. Trasformazione in s.r.l. e applicabilità del procedimento di valutazione di cui all'art. 2465 c.c.

Dato atto che è risultato interpretativo acquisito che sia legittimo trasformare, ai sensi dell'art.115 T.U.E.L., l'azienda speciale ed il consorzio di Comuni anche in s.r.l., ci si è chiesti, conseguentemente, se è possibile "adattare" nella fattispecie la disciplina speciale a quella prevista nel Codice Civile.

La questione è emersa soprattutto con riferimento al procedimento di valutazione del patrimonio sociale.

L'art. 115, terzo comma, T.U.E.L. affida la relazione di stima del patrimonio sociale esclusivamente al perito nominato dal presidente del tribunale, ai sensi e per gli effetti dell'art.



2343 c.c., applicando alla fattispecie un procedimento diverso da quello attualmente previsto dal Codice Civile per la trasformazione di un ente in s.r.l..

Infatti, l'art. 2500-ter c.c. - con disposizione considerata di applicazione generale, anche in via analogica, ad ogni fattispecie di trasformazione in società di capitali - prevede che "il capitale delle società risultante dalla trasformazione deve essere determinato sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da relazione di stima redatta a norma dell'art. 2343 o, nel caso di s.r.l., dell'art. 2465", ai sensi del quale chi conferisce beni in natura o crediti in una società a responsabilità limitata "deve presentare la relazione giurata di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro".

Anche sul punto l'evoluzione normativa, ed un'attenta ponderazione degli interessi tutelati, orienta verso un'interpretazione adeguata del comma 3 dell'art. 115 T.U.E.L.; con la conseguenza, a ben vedere, che il principale, se non l'unico, profilo di eccezionalità rispetto ad un "ordinario" procedimento di trasformazione sarebbe rappresentato dalla facoltà di posticipare la redazione della relazione di stima rispetto alla delibera di trasformazione.

Convince in tal senso la ricognizione degli interessi sostanziali sottesi.

Non sembra revocabile in dubbio, infatti, che il comma 3 dell'art. 115 T.U.E.L. condivida la ratio degli artt. 2343 e 2500 ter c.c., ovvero quella di apprestare uno strumento di tutela dei terzi creditori contro potenziali sopravvalutazioni del patrimonio sociale, non fosse altro perché la disciplina di bilancio ed i principi in tema di valutazione dei beni degli enti pubblici non sono i medesimi richiesti per le società di capitali.

In tale prospettiva, in ogni procedimento di trasformazione la perizia assolve alla funzione di certificare, da un lato, l'esistenza di un patrimonio netto sufficiente a garantire la copertura del capitale sociale minimo richiesto dalla legge per il tipo di società risultante dalla trasformazione; dall'altro, gli elementi dell'attivo e del passivo che costituiscono il patrimonio sociale quali riscontrabili sulla base della contabilità, compresa la liquidità.

La stessa finalità è assegnata alla relazione di stima di cui all'art. 2465 c.c. in caso di conferimento e, per effetto del richiamo contenuto nell'art. 2500-ter c.c., in caso di trasformazione in s.r.l..

Giova anche evidenziare che sotto il profilo patrimoniale la trasformazione, salvo rare eccezioni (trasformazione di società di persone con socio d'opera in società di capitali), non coinvolge interessi individuali dei soci, poiché si svolge, per legge (art. 2498 c.c.; art. 115 comma 1, inciso finale T.U.E.L.), in totale ed effettiva continuità, così che la partecipazione dei soci conserva invariabilmente lo stesso valore né può sussistere alcun margine di rischio sotto tale profilo (salvo l'eccezione ricordata).

In definitiva, si può concludere, nella prospettiva adottata, che la disposizione sulla relazione di stima nell'art. 115 T.U.E.L. è volta a tutelare esclusivamente i creditori sociali e non interessi pubblicistici degli enti soci dell'ente trasformato; in altri termini, non viene in gioco alcun interesse



pubblicistico, la cui tutela sarebbe comunque affidata alla Corte dei Conti e non al presidente del Tribunale.

Dunque la *ratio* della relazione di stima è quella, e solo quella, di cui all'art. 2343 c.c., che trova il corrispondente funzionale nell'art. 2465 per la s.r.l..

Dal 2003 il legislatore, per tutelare i medesimi interessi, ha disposto procedimenti di nomina degli esperti per la redazione della relazione di stima diversi in ragione del tipo sociale adottato.

Non vi è motivo, dunque, per discostarsi dalla scelta di sistema operata nel Codice Civile e valevole per ogni trasformazione, allorché il modello organizzativo adottato è la s.r.l., anche con riferimento al procedimento previsto nell'art. 115 T.U.E.L..

D'altra parte, nessuno dubita che la disciplina della costituzione di una società a totale partecipazione pubblica locale del tipo s.r.l. sia quella ordinariamente prevista dal Codice Civile, e pertanto nessuno dubita che in caso di conferimento in natura trovi applicazione l'art. 2465, c.c., norma che, a differenza del suo precedente ante riforma (art. 2476, c.c.) non rinvia più all'art. 2343, c.c..

Così come senza dubbio deve trovare applicazione l'ordinaria disciplina civilistica (art. 2500-ter c.c., che rinvia all'art. 2465 c.c.) allorché una società a integrale partecipazione pubblica si trasformi in s.r.l. e sia necessario, per legge, redigere una perizia di stima del patrimonio.

In definitiva, l'impressione è che sul punto la vigente disciplina del comma 3 dell'art. 115 T.U.E.L. sconti solamente il mancato coordinamento con la riforma del diritto societario.

Nel disegnare la disciplina speciale di matrice pubblicistica, il legislatore del 2000 ha fatto riferimento al modello di valutazione dettato per le S.p.A. perché lo stesso si applicava all'epoca anche alla s.r.l. in forza del richiamo all'art. 2343 c.c. contenuto nell'allora vigente art. 2476 c.c..

Dunque, i presidi dettati a tutela della corretta formazione del capitale sociale ricalcavano quella che era la disciplina generale prevista in sede di costituzione, tanto di S.p.A. quanto di s.r.l., senza aggiungere nulla.

Dopo la riforma, che ha semplificato i controlli sui conferimenti in sede di costituzione di società a responsabilità limitata, è sistematicamente convincente ritenere che la disciplina del terzo comma dell'art. 115 T.U.E.L. possa essere integrata in via interpretativa con quanto disposto dell'art. 2465 c.c..

Ne deriva, quindi, che laddove il consorzio o l'azienda speciale si trasformino in s.r.l., gli amministratori potranno (in un'ottica sistematicamente corretta, dovranno) richiedere ad un esperto designato dalla stessa società una relazione giurata, ai fini della definitiva determinazione dei valori patrimoniali conferiti, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2465 c.c..

La tesi favorevole sembra corroborata da un'ulteriore considerazione: l'esperto designato dalla società ai sensi dell'art. 2465 c.c. ha le stesse responsabilità dell'esperto designato dal Tribunale ai sensi dell'art. 2343 c.c..



Infatti, per effetto del rinvio contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2465 c.c. al secondo comma dell'art. 2343 c.c. l'uno e l'altro "rispondono dei danni causati alla società, ai soci e ai terzi. Si applicano le disposizioni dell'art. 64 del codice di procedura civile".

Anche sotto tale profilo, pertanto, l'applicazione nella fattispecie che ci occupa non determina alcun deficit di tutela.

8. La perizia di stima per la determinazione definitiva dei valori patrimoniali di trasformazione. In ordine alla possibilità di ricorrere al procedimento alternativo di cui all'art. 2343 ter c.c.

Una volta escluso che il tratto di specialità della trasformazione di cui all'art. 115 T.U.E.L. sia ravvisabile nella disciplina del procedimento di valutazione del patrimonio sociale prevista nel terzo comma, ed ammessa l'applicabilità di un diverso regime sopravvenuto qualora l'ente di approdo abbia forma di s.r.l., non sembrano sussistere ostacoli sistematici alla possibilità di avvalersi anche della tecnica alternativa di valutazione prevista nell'art. 2343-ter, comma secondo, lett. b), c.c..

L'esito interpretativo è giustificato dalla recente novella dell'art. 2500-ter c.c., con la quale si è concessa la possibilità di avvalersi della documentazione di cui all'art. 2343-ter c.c. per determinare il capitale sociale della società per azioni risultante dalla trasformazione di una società di persone, rinvio che viene interpretativamente circoscritto alla sola modalità prevista nella lettera b) del secondo comma, stante la natura di quanto oggetto di valutazione, che in definitiva è un'azienda, con conseguente impossibilità sia di ricorrere al metodo indicato nel primo comma dell'art. 2343-ter c.c., sia di avvalersi del *fair value* dell'ultimo bilancio approvato, anche in ragione del fatto che gli enti pubblici non applicano tali criteri di valutazione.

Naturalmente, la scelta, interpretativa, degli amministratori di affidare la relazione di stima all'esperto designato ai sensi dell'art. 2343-ter c.c. trascina con sé anche la responsabilità di cui sono investiti in virtù degli obblighi di verifica posti a loro carico nell'art. 2343 quater c.c..

9. Il termine massimo entro il quale deve pervenirsi alla definitiva determinazione dei valori patrimoniali imputati alla società risultante dalla trasformazione

Appurato quale sia il procedimento di valutazione del capitale sociale legittimamente applicabile alle diverse fattispecie di trasformazione, la norma in esame solleva una serie di ulteriori questioni interpretative.

Ci si chiede, innanzitutto, entro quale termine massimo dovrà pervenire la valutazione definitiva del patrimonio sociale.

In proposito si rileva che la norma in commento statuisce che "ai fini della determinazione dei valori patrimoniali conferiti, entro tre mesi dalla costituzione della società, gli amministratori



devono richiedere a un esperto designato dal presidente del tribunale una relazione giurata ai sensi e per gli effetti dell'art. 2343 primo comma del codice civile.”

La lettera e la sintassi alimentano la suggestione per la quale alla determinazione dei valori patrimoniali ad opera dell'esperto si deve pervenire entro tre mesi, a cui segue il dilemma se il *dies a quo*, identificato nella data di costituzione della società, sia rappresentato dal giorno in cui è stato assunto l'atto deliberativo o dal giorno in cui tale atto è stato iscritto nel registro delle imprese.

Se entrambe le soluzioni da ultimo proposte sembrano a prima vista plausibili, è l'assunto principale in ordine al contenuto ed ai destinatari del precetto cronologico che deve essere ripensato e correttamente inteso.

Più precisamente, sembra corretto concludere che il termine di tre mesi è riferito non alla determinazione dei valori patrimoniali, ma all'obbligo degli amministratori di richiedere la nomina del perito.

Convincono in tal senso una pluralità di argomenti.

Innanzitutto l'interpretazione proposta sembra suffragata da una lettura funzionalmente coerente della norma.

Come chiarito dall'*incipit*, la disciplina in esame è volta ad assicurare la “definitiva determinazione dei valori patrimoniali conferiti”, compito che è affidato testualmente agli amministratori ed ai sindaci, che ai sensi del secondo periodo “determinano i valori definitivi di conferimento dopo aver controllato le valutazioni contenute nella relazione stessa e, se sussistono fondati motivi, aver proceduto alla revisione della stima”.

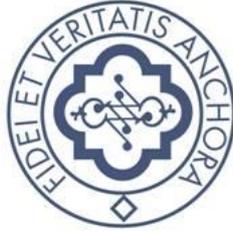
Tale attività è soggetta a termine finale autonomo: sei mesi dal ricevimento della relazione dell'esperto.

Ne deriva che il termine di tre mesi di cui al primo periodo non può essere riferito alla proposizione iniziale (“ai fini della definitiva determinazione dei valori patrimoniali conferiti”), ma è necessariamente correlato all'obbligo, a carico degli amministratori, di richiedere la nomina dell'esperto.

Anche argomenti logici militano in tal senso.

Infatti, una diversa lettura implicherebbe da un lato che il termine sarebbe imposto al perito, dall'altro che il suo rispetto dipende anche dalla solerzia di un soggetto terzo, qual'è il presidente del tribunale, poiché una nomina tardiva porrebbe in grave difficoltà lo stesso esperto ed in definitiva l'ente.

In altri termini, considerare il termine di tre mesi riferito alla determinazione del valore costringerebbe ad una corsa contro il tempo il cui esito dipende da una pluralità di protagonisti senza che siano definite né le aree di responsabilità individuale reciproca né la sanzione se il traguardo non è guadagnato tempestivamente.



Alla luce di quanto esposto, si può concludere che la prima parte del terzo comma stabilisce solo il termine entro il quale gli amministratori devono richiedere al presidente del tribunale la nomina dell'esperto, oppure devono procedere essi stessi alla nomina dell'esperto qualora si avvalgano delle procedure di valutazione alternative disciplinate negli artt. 2343-ter c.c. e 2465 c.c., ricorrendo i presupposti di legge.

Resta da chiarire se il termine di tre mesi decorra dalla data dell'atto di trasformazione o dalla data di iscrizione dell'atto presso il Registro delle Imprese.

La norma pone chiaramente l'obbligo di nomina del perito in capo agli amministratori dell'ente risultante dalla trasformazione.

Come già evidenziato in sede di commento del primo comma, la qualificazione della fattispecie come trasformazione conduce con sé l'applicazione dell'art. 2500 c.c., che attribuisce valore costitutivo all'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese.

Dunque, poiché la trasformazione è efficace con l'iscrizione, gli amministratori dell'ente risultante, se hanno accettato la carica, assumono le funzioni connesse, con i relativi obblighi, dalla medesima data.

L'argomento trova conforto anche nell'evoluzione dell'art. 2343, terzo comma c.c. - a cui si ispira la norma in commento - che fa decorrere il termine di centottanta giorni entro il quale gli amministratori devono controllare le valutazioni contenute nella relazione di stima dall'iscrizione della società, e non più "dalla costituzione della società" come previsto prima della riforma del diritto societario (e quindi nel momento storico in cui è stata formulato il terzo comma dell'art. 115 T.U.E.L.), scelta che, secondo la dottrina, sarebbe fra l'altro "da ricollegare alla piena operatività delle funzioni degli amministratori a partire da tale momento" ⁽¹⁶⁾. In tal senso si è espressa anche la dottrina in merito all'applicazione del terzo comma dell'art. 2343 c.c. alla trasformazione in S.p.A., per effetto del richiamo espresso contenuto nell'art. 2500-ter c.c. ⁽¹⁷⁾.

Sembra pertanto corretto, anche dal punto di vista sistematico, ritenere che il termine di tre mesi decorra dall'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese.

Le considerazioni proposte, tuttavia, non esauriscono la questione del termine massimo entro il quale deve essere compiuta la determinazione definitiva dei valori conferiti.

E' sufficiente confrontare la norma in esame con l'art. 2343 c.c., che impone agli amministratori di procedere alla revisione della stima del perito entro centottanta giorni dall'iscrizione della società o della trasformazione nel registro delle imprese, e quindi entro un termine certo, essendo fisso il *dies a quo*.

Il terzo comma dell'art. 115 T.U.E.L. ancora la decorrenza del termine di sei mesi alla consegna della perizia di stima, consegna che non sembra a sua volta soggetta ad alcun termine.

Poiché la previsione di un termine è funzionale alla soddisfazione dell'esigenza di certezza, di cui nella fattispecie sono portatori sia i terzi sia i soci, sembra necessario individuare la data di decorrenza.



In assenza di limiti cronologici testuali all'operato dell'esperto, l'obiettivo può essere forse conseguito ragionando sui termini di riferimento della relazione di stima.

Quest'ultima è volta ad attestare che il fondo di dotazione, e per quanto occorrente, il residuo patrimonio netto dell'azienda speciale o del consorzio di comuni non erano, alla data di trasformazione, di entità effettiva inferiore al capitale sociale stabilito in sede di trasformazione ai sensi del primo comma dell'art. 115 T.U.E.L..

L'esigenza di valutazione è tanto più sentita se si tiene conto che, per rispondere all'istanza di semplificazione burocratica, la norma richiamata consente di tener conto, in sede di atto di trasformazione, dell'ammontare del fondo di dotazione risultante dall'ultimo bilancio approvato, che può essere riferito ad una data antecedente di molti mesi quella di trasformazione.

A quale data deve riferirsi la relazione di stima?

Posto che la sua funzione è quella di certificare l'entità effettiva del patrimonio netto dell'azienda speciale o del consorzio rispetto al valore nominale del capitale sociale determinata nell'atto di trasformazione, sembra plausibile sostenere la ricorrenza delle stesse ragioni che impongono l'attualità dei dati contabili assunti dal perito in ogni caso di trasformazione, con una particolarità: essendo la perizia redatta ex post il termine di riferimento non può non tener conto anche del dato nominale di cui deve certificare la copertura effettiva.

Se pertanto si assume che, vista la recente licenza normativa di avvalersi della tecnica alternativa di valutazione prevista nell'art. 2343-ter, comma secondo, c.c., in ogni trasformazione la relazione dell'esperto deve essere riferita ad una data non antecedente di sei mesi a quella di compimento dell'operazione, ne consegue che, avendo ad oggetto la valutazione del patrimonio dell'azienda speciale (o del consorzio), la perizia dell'esperto nominato ai sensi e per gli effetti dell'art. 115 T.U.E.L.:

- non può assumere come riferimento dati contabili anteriori di sei mesi rispetto all'attestazione;

- i dati contabili di riferimento non possono essere successivi alla data dell'atto di trasformazione, poiché scopo della perizia è attestare la copertura del capitale sociale nominale a quella data.

I dati contabili di riferimento potranno peraltro essere anteriori alla data dell'atto di trasformazione, a condizione che la perizia venga consegnata nel termine massimo di sei mesi rispetto alla loro data, assumendo che con la consegna il legislatore abbia inteso far coincidere, a tutela degli interessi evidenziati, l'attestazione di valore.

Il percorso interpretativo seguito conduce alla conclusione per cui la perizia non può essere consegnata oltre sei mesi dalla data di trasformazione della società, con conseguente ricaduta sul completamento del procedimento di determinazione definitiva dei valori patrimoniali "conferiti", ai sensi dell'art. 115 terzo comma T.U.E.L..



La conclusione proposta vale anche in caso di trasformazione in società a responsabilità limitata, con conseguente applicazione dell'art. 2465 c.c., fermo restando che la nomina dell'esperto dovrà essere compiuta entro tre mesi dall'iscrizione della trasformazione. In tal caso non troverà invece applicazione la disposizione del terzo comma dell'art. 115 T.U.E.L. che impone agli amministratori un onere di controllo e di eventuale revisione delle valutazioni contenute nella perizia, poiché si tratta di segmento del procedimento non più previsto dalla disciplina della s.r.l..

A conforme esito interpretativo si può pervenire qualora gli amministratori optino per l'applicazione del metodo di valutazione previsto nell'art. 2343-ter, comma secondo, lett. b) c.c., con la peculiarità che il termine entro gli amministratori devono procedere alla definitiva determinazione del valore del patrimonio aziendale è di trenta giorni, a mente dell'art. 2343-*quater* c.c., decorrenti dalla data di consegna della perizia, ai sensi dell'art. 115 terzo comma, T.U.E.L..

10. Le sanzioni a carico degli amministratori che non rispettano i termini previsti per la definitiva determinazione dei valori patrimoniali

Quali conseguenze sortisce il mancato rispetto dei termini previsti per la definitiva determinazione del valore del patrimonio sociale?

Nella fattispecie il difetto può manifestarsi a due livelli.

Può consistere, limitatamente alla trasformazione in spa, nella sola violazione dell'obbligo di verifica delle valutazioni contenute nella relazione di stima, entro sei mesi dalla sua consegna, ex art. 2343 c.c., o nella violazione degli obblighi imposti dall'art. 2343-*quater* c.c., fatto che determina responsabilità degli amministratori e dell'organo di controllo nei confronti dei terzi e del socio o dei soci, impossibilitati a cedere le azioni, ma che certamente non ha riflessi sull'operazione di trasformazione.

La questione assume ben altro rilievo se il comportamento omissivo o dilatorio investe la prima fase del procedimento di valutazione, e si traduce nella mancanza della relazione della stima.

Stante la peculiare scansione del procedimento di trasformazione disegnata nell'art. 115 T.U.E.L., si potrebbe astrattamente verificare il caso di società di capitale iscritta senza che la dichiarazione convenzionale dell'ammontare del capitale sociale nominale risulti mai suffragata dalla valutazione indipendente del patrimonio sociale, e quindi che non si pervenga ad una definitiva determinazione dei valori patrimoniali a mente del terzo comma in esame.

Il tema dell'omissione della relazione di stima al momento della costituzione della società ha storicamente sollevato un ampio dibattito teorico, per i risvolti sistematici che ne conseguono, seppur risulti praticamente inesistente, per il filtro preventivo operato dal notaio.



Non vi è dubbio che l'omissione della relazione di stima, o la sua tardiva redazione, costituisca grave violazione degli obblighi degli amministratori e dell'organo di controllo, o, se a lui imputabile, dell'esperto ai sensi dell'art. 2343 secondo comma c.c..

Non è peraltro mancato, anche di recente, chi ha proposto l'adozione di rimedi di natura reale, e segnatamente ha considerato plausibile ricondurre l'omissione della relazione di stima alla nullità per mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione relativa ai conferimenti, ai sensi dell'art. 2332, primo comma, n.3, cc., poiché inevitabilmente inciderebbe su tale indicazione, "che non può limitarsi ad una generica fissazione di valore, ma richiede un valore attendibile, quale appunto quello risultante dalla stima" ⁽¹⁸⁾.

A prescindere dalla condivisione o meno della proposta interpretativa richiamata, la possibilità di invocare nella fattispecie rimedi di natura reale sembra preclusa dalla qualificazione della vicenda organizzativa come trasformazione e dalla conseguenze soggezione alla relativa disciplina, caratterizzata, fra l'altro, dall'affermazione del principio di stabilizzazione degli effetti dell'atto in virtù di quanto disposto dall'art. 2500-*bis* c.c..

A mente della disposizione richiamata, una volta "eseguita la pubblicità di cui all'articolo precedente, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata"; "resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti dell'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione".

Come noto, la norma mira a tutelare l'affidamento dei terzi sulla qualificazione iscritta dell'ente come società del tipo dichiarato, e consegue tale risultato precludendo ogni possibilità di ricorrere a rimedi di natura reale capaci di caducare l'atto di trasformazione.

Non sembra che l'istanza tutelata venga meno qualora la trasformazione coinvolga un'azienda speciale o un consorzio di comuni. Si può anzi inferire che, essendo artefice dell'azione la Pubblica Amministrazione, vi sia maggior confidenza sulla legittimità dell'operato.

Poiché la legge garantisce la stabilizzazione degli effetti degli atti di trasformazione societaria iscritti pur se affetti da genetici vizi o cause di inefficacia, non può non ammettersi, *a fortiori*, che la legge non assicuri il medesimo risultato anche rispetto a quegli atti di trasformazione iscritti originariamente validi, come nella fattispecie prevista nell'art. 115 T.U.E.L..

Dunque, anche in caso di omissione della relazione di stima la sanzione può essere solo obbligatoria, ed ha titolo nella responsabilità degli amministratori e dei componenti dell'organo di controllo.

11. La pubblicazione nel registro delle imprese della relazione di stima dell'esperto

La relazione di stima dell'esperto deve essere depositata, a cura degli amministratori, presso il Registro delle Imprese, in assenza di un obbligo espresso in tal senso sancito nell'art. 115 T.U.E.L.?



L'interrogativo è sollevato dalla constatazione che la valutazione del patrimonio compiuta dall'esperto in funzione della trasformazione in società capitali è volta a tutelare esclusivamente i terzi (non venendo in gioco nella fattispecie l'interesse anche degli altri soci, a differenza di quanto accade nel conferimento di bene in natura), e che, strumentalmente, la relazione di stima deve essere allegata all'atto di trasformazione e depositata unitamente allo stesso presso il registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2500 c.c., che rinvia implicitamente all'art. 2330 comma primo c.c..

È opinione corrente, infatti, che "l'attenzione specifica prestata alla pubblicità della relazione di stima rispetto a quella dell'atto costitutivo mira a facilitare la sua conoscenza e la verifica da parte dei terzi in genere della veridicità delle valutazioni in essa contenuta e quindi del rispetto del principio di effettività del capitale sociale" ⁽¹⁹⁾.

Se, come già rilevato, la relazione di stima prescritta nel terzo comma dell'art. 115 T.U.E.L. assolve alla stessa descritta funzione, non sembra sistematicamente coerente, anche agendo sul piano della tutela degli interessi, concludere nel senso dell'irrilevanza della pubblicità anche nella fattispecie che ci occupa.

Una scelta interpretativa in tal senso si porrebbe in contrasto con l'art. 10, terzo comma, della Seconda Direttiva, ai sensi della quale "La relazione degli esperti deve formare oggetto di pubblicità da effettuarsi secondo le modalità previste dalla legislazione di ciascuno Stato membro, in conformità dell'art. 3 della Direttiva 68/151/CEE" (vedere direttiva 2006/68).

Al contrario, la disciplina di matrice comunitaria impone l'obbligo di pubblicizzare anche la relazione di stima richiesta dall'art. 115 T.U.E.L. tramite deposito nel registro delle imprese, unica modalità possibile a seguito della soppressione del BUSARL e dell'abrogazione dell'art. 2330 bis c.c., a cui il primo comma dell'articolo in esame tuttora rinvia.

L'onere pubblicitario grava sugli amministratori della società.

Circa il termine, in assenza di appigli letterali si può ritenere plausibile riferirsi al termine massimo entro il quale deve essere compiuta la definitiva determinazione del valore del patrimonio sociale a mente del terzo comma dell'art. 115 T.U.E.L. (sei mesi dalla consegna della perizia), ad eccezione del caso in cui gli stessi amministratori abbiano optato per l'attivazione del metodo di valutazione previsto nell'art. 2343-ter, comma secondo, lett. b), c.c., a cui consegue l'applicazione della disciplina, e dei termini, di cui all'art. 2343-quater c.c. (30 giorni dalla consegna della perizia).

12. Un esempio esplicativo

Può esser utile, a fini esplicativi e di riepilogo, prospettare una fattispecie esemplificativa della tempistica che caratterizza la concreta applicazione del disposto del comma 3 dell'art. 115 T.U.E.L.

Si ipotizzi che la delibera di trasformazione sia assunta dal Comune o dal consorzio (v. *infra*) il 15 dicembre 2014 ed iscritta nel registro delle imprese il 7 gennaio 2015.



Da tale ultima data decorrono, quindi, i termini di 90 giorni per chiedere al Tribunale la nomina dell'esperto (ovvero provvedervi direttamente laddove la trasformazione abbia come esito una società a responsabilità limitata).

Si ipotizzi che il perito venga nominato il giorno 30 gennaio 2015: se egli depositasse la relazione il 30 marzo 2015, la situazione patrimoniale presa a riferimento dall'esperto non potendo esser anteriore di oltre sei mesi non dovrebbe risalire ad una data anteriore al 30 settembre 2014.

Inevitabilmente, quindi, i tempi di espletamento dell'incarico si riflettono sull'idoneità della situazione patrimoniale presa a riferimento.

13. La scissione dell'azienda speciale

Ai sensi dell'art. 115, comma 7, T.U.E.L., la deliberazione di cui al comma 1 può anche disporre la scissione dell'azienda speciale e la destinazione a società di nuova costituzione di un ramo aziendale di questa. Si applicano, in tal caso, per quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi da 1 a 6 del presente articolo nonché agli articoli 2504-*septies* e 2504-*decies* del codice civile.

Al fine di favorire il passaggio alla gestione in forma societaria, il legislatore consente di avvalersi anche dell'istituto della scissione, sempre attraverso il ricorso all'atto unilaterale, con destinazione di ramo aziendale a società di nuova costituzione.

Si declina, tuttavia, solo la fattispecie della scissione in favore di società di nuova costituzione, sicché sorge il dubbio se questa operazione debba necessariamente conformarsi alla fattispecie tipizzata o possa esser diversamente strutturata (in favore di beneficiaria preesistente), specie laddove, nell'obiettivo di ridisegnare la mappa dei propri strumenti di gestione dei servizi pubblici, vi sia l'esigenza di una riallocazione verso realtà già esistenti.

La questione va risolta tenendo in debito conto il principio di economicità che deve ispirare l'azione della pubblica amministrazione rispetto al quale appare valido supporto il principio di economia dei mezzi giuridici cui ampio ricorso si fa in materia di diritto societario: operazione che può esser condotta solo a patto che non venga leso alcun interesse pubblicistico o di terzi.

Appaiono, sotto tale profilo, decisivi due elementi.

Il primo, attiene alla circostanza che nell'ambito dell'art. 115, la scissione con costituzione di nuova società rappresenta un'estensione del regime agevolato di costituzione previsto dal comma 1 (superfluità dell'atto notarile; differimento dell'obbligo di produrre la relazione di stima), regime che non avrebbe potuto trovare applicazione, anche in virtù dei vincoli comunitari, al di fuori della fattispecie speciale. A quanto detto può aggiungersi la considerazione, di natura storica, per cui quella del ricorso alla società di nuova costituzione appariva una modalità per consentire, anche nella "trasformazione parziale" la "costituzione" di una società unipersonale in forma di S.p.A. (all'epoca, come detto, non consentita dal codice civile).



A ben vedere, quindi, la vera ragione giustificatrice della previsione della sola forma di scissione con società di nuova costituzione è rappresentata dalla circostanza che solo ove vi sia una società di nuova costituzione è possibile sfruttare le agevolazioni di cui al comma 1, ricorrendo alla delibera di “scissione trasformativa” *per atto unilaterale che “tiene luogo di tutti gli adempimenti in materia di costituzione delle società previsti dalla normativa vigente”*.

Qualora invece la scissione fosse operata in favore di soggetto preesistente, si renderebbe necessaria l’approvazione del progetto anche da parte di quest’ultimo. E, se anche la società beneficiaria preesistente fosse a totale partecipazione pubblica (partecipata dagli stessi enti consorziati), per questa non sarebbe possibile il ricorso alla agevolazione di cui al comma 1, non essendo essa azienda speciale.

Stante l’attuale disfavore per la partecipazione di enti pubblici in società, e quindi verso il proliferare di partecipazioni pubbliche, ⁽²⁰⁾ il consorzio-azienda – o, meglio, gli enti locali consorziati – possono quindi avere l’esigenza di riorganizzare il servizio dar luogo ad un nuovo soggetto. Alla luce di quanto rilevato, per poter procedere ad una scissione in favore di una società beneficiaria preesistente è necessario rinunciare all’applicazione del procedimento “agevolato”.

Infatti, nella disciplina speciale di cui all’art. 115, comma 7, T.U.E.L., che abbiamo definito come “agevolata”, il rinvio ai soli artt. 2504-*septies* (*forme di scissione*) e 2504-*decies* (*effetti della scissione*), c.c. ante riforma, dimostra come la semplificazione attenesse appunto al solo procedimento, autorizzando la disapplicazione delle disposizioni di derivazione comunitaria, poiché il resto dell’impianto normativo del procedimento “ordinario” (artt. 2504-*octies*, sul progetto di scissione, e 2504-*novies*, sulle norme applicabili), non essendo richiamato, non era applicabile.

Essendovi nell’ipotesi di scissione in favore di beneficiaria preesistente una società (appunto, la beneficiaria preesistente) che è invariabilmente soggetta al procedimento comunitario, anche l’azienda dovrà sottomettersi alla stessa procedura, perché non potrebbe avvalersi della semplificazione (laddove, invece, ciò sarebbe probabilmente possibile ove l’ente beneficiario preesistente fosse a sua volta un’azienda speciale).

Giova evidenziare, in proposito, che nulla vieta che il consorzio-azienda, in luogo del procedimento agevolato di cui all’art. 115 T.U.E.L., ricorra alla disciplina ordinaria della scissione, specie laddove il ricorso al primo, anziché tradursi in una riduzione dei costi (fine perseguito dal legislatore), determini un incremento degli stessi.

E’ evidente, infatti, che l’applicazione pedissequa del procedimento previsto nell’art. 115 T.U.E.L. comporterebbe: a) la scissione preventiva del consorzio-azienda a favore di una beneficiaria di nuova costituzione, con le complessità ed i costi organizzativi che la creazione di una struttura autonoma genera, dispendio acuito dalla necessaria temporaneità della sua esistenza (che non esonera tuttavia dalla loro gestione interinale); b) il decorso di un lasso di tempo congruo per consentire al perito la valutazione *ex post* del patrimonio della “newco”; c) la



"messa in opera" di un nuovo ed ulteriore procedimento di fusione, secondo la disciplina codicistica, con la società preesistente.

Ragioni di economia di mezzi giuridici e patrimoniale inducono, quindi, a ritenere plausibile la disapplicazione del regime dell'art. 115 T.U.E.L., che "agevolato" non sarebbe più, a favore dell'applicazione del procedimento civilistico.

14. L'applicabilità ai consorzi

Il comma 7-bis dell'art. 115 T.U.E.L. prevede che «Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche alla trasformazione dei consorzi, intendendosi sostituita al consiglio comunale l'assemblea consortile. In questo caso le deliberazioni sono adottate a maggioranza dei componenti; gli enti locali che non intendono partecipare alla società hanno diritto alla liquidazione sulla base del valore nominale iscritto a bilancio della relativa quota di capitale».

La disposizione, nell'estendere ai consorzi la disciplina della trasformazione, sembra semplicemente rappresentarne un adattamento alla realtà consortile.

Lì, infatti, c'è un unico centro di imputazione di interessi (il singolo ente locale cui fa capo l'azienda speciale); qui, invece, necessariamente una pluralità di soggetti (i consorziati): da ciò l'esigenza di ricorrere al metodo maggioritario, calcolato con criterio capitaro e con la possibilità, per i dissenzienti, di ottenere la liquidazione della partecipazione.

Un profilo discusso attiene alla possibilità di applicare il disposto del comma 7 (che prevede, appunto, la scissione come alternativa alla trasformazione) anche al consorzio, che pur non appare espressamente legittimato a ricorrere all'istituto.

Infatti, il comma 7-bis dell'art. 115 prevede testualmente che *“Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche alla trasformazione dei consorzi, intendendosi sostituita al consiglio comunale l'assemblea consortile. In questo caso le deliberazioni sono adottate a maggioranza dei componenti; gli enti locali che non intendono partecipare alla società hanno diritto alla liquidazione sulla base del valore nominale iscritto a bilancio della relativa quota di capitale”*.

Il dato testuale, invero, non appare decisivo, posto che la disposizione si riferisce espressamente alla *trasformazione*, e tuttavia richiama anche il comma 7 dell'art. 115 che è, appunto, quello che disciplina la *scissione*.

In realtà, il richiamo alla sola *trasformazione* sembra potersi spiegare con la natura dell'operazione di “scissione a favore di beneficiaria di nuova costituzione”, che altro non rappresenta se non la modalità tecnica di attuazione di una "trasformazione parziale", consistente nel mutamento delle regole di organizzazione solo rispetto ad una parte del patrimonio, e non a tutto (si parla di "trasformazione per scissione").

Al di là di tale considerazione, che già sembrerebbe legittimare l'accesso all'operazione di scissione, v'è un ulteriore elemento di cui tener conto.



L'art. 31, T.U.E.L., infatti, prevede, da un lato, che gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili; dall'altro lato, rinvia ancora alle aziende speciali per quanto riguarda i consorzi che operano nella gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica ex art. 113-*bis* T.U.E.L.

Sostanzialmente, quindi, ci si trova di fronte ad un ente che condivide con le aziende speciali la propria disciplina, tanto che sul piano ricostruttivo, la dottrina ha sempre dato ampio rilievo a tale espressa e integrale equiparazione sancita già dalla legge 8 giugno 1990, n. 142 tra i consorzi che gestiscono attività economico-imprenditoriali e le aziende speciali: a questi, infatti, si applicavano, «tutte le disposizioni previste dall'art. 23 della medesima legge e dalle altre norme» concernenti le aziende, tra cui in particolare quelle finanziarie, contabili e fiscali ⁽²¹⁾ Equiparazione che oggi è ribadita dal comma 1 dell'art. 31, T.U.E.L., a tenore del quale «gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili».

Sì che il riferimento espresso al consorzio contenuto nel comma 7-*bis* parrebbe, invero, persino superfluo ai fini dell'applicazione dell'intero art. 115 (e, quindi, tanto delle norme sulla trasformazione che di quelle sulla scissione), trattandosi appunto di norme afferenti alla disciplina dell'azienda speciale e, come tali, direttamente applicabili anche al consorzio ex art. 31.

La previsione del comma 7-*bis* non sembra allora avere lo scopo di estendere ai consorzi la disciplina della trasformazione (e della scissione trasformativa), già applicabile in forza del rinvio generale alle norme sulle aziende speciali, bensì solo di definire alcuni aspetti procedurali peculiari in quanto coerenti alla struttura organizzativa dell'ente – consorzio, necessariamente plurisoggettiva (competenza dell'assemblea cui partecipano i rappresentanti dei vari enti consorziati in luogo del consiglio comunale ed il diritto alla liquidazione degli enti locali consorziati che non intendano partecipare all'operazione, previsione, quest'ultima, che si spiega con la plurisoggettività del consorzio, laddove l'azienda speciale è unisoggettiva e non pone problemi di “exit”).

Marco Maltoni e Antonio Ruotolo

1) Invero, il *corpus* normativo che si è andato formando dalla metà degli anni duemila sembra connotarsi per un notevole disfavore verso lo strumento societario in mano pubblica, in ragione della sua scarsa funzionalità della tutela della concorrenza e dell'esigenza di contenimento della spesa pubblica. Possono a tal proposito ricordarsi l'art. 3, commi 27 e ss., della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), la quale, «al fine di tutelare la concorrenza e il mercato», impone alle amministrazioni pubbliche il divieto di «costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Mentre «è sempre ammessa la costituzione di società che



producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni» pubbliche nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza. Peraltro «l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti» di funzionalità rispetto alle finalità istituzionali. Qualora, poi, rispetto alle partecipazioni già detenute, si riscontri l'insussistenza di tali presupposti, è previsto un obbligo di dismissione delle partecipazioni secondo procedure di evidenza pubblica. In tempi più recenti, può segnalarsi l'art. 14, comma 32 che imponeva ai comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti il divieto di costituire società, con obbligo di mettere in liquidazione quelle già costituite o di cederne le partecipazioni, a meno che le società già costituite avessero una gestione "virtuosa", prevedendosi, inoltre, che i comuni "intermedi", con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti, potessero detenere la partecipazione di una sola società, mettendo, comunque in liquidazione le altre società già costituite. Tale ultima disposizione è stata successivamente abrogata dall'art. 1, commi 561 e ss. della legge di stabilità del 2014 (Legge 27 dicembre 2013, n.147) insieme con le disposizioni del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 sulla c.d. *spending review* che imponevano lo scioglimento o l'alienazione delle partecipazioni delle società c.d. strumentali controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni e alle norme che imponevano a regioni, province e i comuni di sopprimere o accorpare enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, comma secondo, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a comuni, province, e città metropolitane ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione e che facevano altresì divieto di istituirne di nuovi. Tuttavia, proprio la legge di stabilità per il 2014, all'art. 1, comma 568-bis, prevede che «*Le pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e successive modificazioni, e le società da esse controllate direttamente o indirettamente possono procedere: a) allo scioglimento della società o azienda speciale controllata direttamente o indirettamente. Se lo scioglimento è in corso ovvero è deliberato non oltre ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, gli atti e le operazioni posti in essere in favore di pubbliche amministrazioni in seguito allo scioglimento della società o azienda speciale sono esenti da imposizione fiscale, incluse le imposte sui redditi e l'imposta regionale sulle attività produttive, ad eccezione dell'imposta sul valore aggiunto. Le imposte di registro, ipotecarie e catastali si applicano in misura fissa. In tal caso i dipendenti in forza alla data di entrata in vigore della presente disposizione sono ammessi di diritto alle procedure di cui ai commi da 563 a 568 del presente articolo. Ove lo scioglimento riguardi una società controllata indirettamente, le plusvalenze realizzate in capo alla società controllante non concorrono alla formazione del reddito e del valore della produzione netta e le minusvalenze sono deducibili nell'esercizio in cui sono realizzate e nei quattro successivi; b) all'alienazione, a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica deliberata non oltre dodici mesi ovvero sia in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore della presente disposizione e alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014. In caso di società mista, al socio privato detentore di una quota di almeno il 30 per cento alla data di entrata in vigore della presente disposizione deve essere riconosciuto il diritto di prelazione. Ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive, le plusvalenze non concorrono alla formazione del reddito e del valore della produzione netta e le minusvalenze sono deducibili nell'esercizio in cui sono realizzate e nei quattro successivi*».

- 2) La distinzione fra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale si trova in IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, in Riv. Soc., 1993, I, 473. Indicazioni, in NICOTRA, *L'oggetto sociale delle società di capitali a partecipazione comunale: servizio pubblico o attività imprenditoriale?*, in Riv. Not., 1997, 205.
- 3) Secondo Cass. civ. Sez. I, 16 luglio 2005, n. 15105, infatti, «le aziende speciali sono enti strumentali del Comune, istituiti per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta e destinati a rimanere in vita fino a quando permanga la relativa scelta; nonostante il riconoscimento, per ragioni funzionali, della personalità giuridica e della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine, costituiscono *parti del Comune* nel quadro unitario del suo assetto ordinamentale, sicché gli atti emanati configurano determinazioni riferibili all'ente territoriale che incide, oltretutto, sui processi decisionali dell'azienda speciale attraverso un'ampia ingerenza negli atti gestionali e organizzativi e una penetrante azione



di controllo. In virtù di tali caratteristiche, le aziende speciali sono pertanto da qualificarsi aziende dipendenti dal Comune ai sensi e agli effetti dell'art. 60, comma primo, n. 11 del d.lgs. citato". La natura pubblica dell'azienda speciale in quanto ente strumentale dell'ente locale è stata affermata anche per considerare incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p. il dipendente che svolga le mansioni di coordinatore generale degli operai dell'azienda speciale stessa: Tribunale Foggia, sez. II, 5 maggio 2005, n. 715, in *Riv. pen.* 2006, 832. Sulla stessa linea è la giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro Amm.* 2001, 9, secondo la quale "sebbene, in linea di massima, una volta conseguita dall'azienda speciale del comune, in qualità di ex azienda municipalizzata, la natura d'ente pubblico economico con personalità giuridica, la differenza tra essa ed una società mista è alquanto sottile nella prospettiva comunitaria di tutela della concorrenza, non si può del tutto elidere le peculiarità dell'azienda speciale stessa, che l'art. 113 lett. e) e l'art. 114 d.lg. 18 agosto 2000 n. 267 disciplinano come ente strumentale e soggetto istituzionalmente dipendente dall'ente locale e con esso legata da vincoli tanto stretti (sotto i profili della formazione degli organi, degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza), da farla ritenere un elemento del sistema organizzativo dell'ente, tant'è che, pur con l'accentuata autonomia derivante dall'attribuzione della personalità giuridica che ne implica, comunque, non tanto la sua trasformazione in un soggetto di diritto privato, bensì la sua configurazione come nuovo centro d'imputazione di rapporti giuridici, distinto dal comune e con propria autonomia decisionale -, mantiene i propri connotati pubblicistici e, quindi, ogni negoziazione che la riguarda resta regolata dal diritto pubblico, da provvedimenti amministrativi e da deliberazioni, attraverso cui si concretizza, in forma procedimentale, la volontà dell'ente che precede la conclusione del negozio".

- 4) GHELARDUCCI, *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro Amm.* 1996, 1741.
- 5) MIMMO, *La trasformazione delle aziende municipalizzate in società per azioni*, in *Società*, 2000, 416.
- 6) DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, Milano, 1998, 8 ss relativamente all'art. 17 commi 51 – 53 della L. 15 maggio 1997 n. 127, (c.d. Legge Bassanini-bis) il cui testo è stato trasposto nell'art. 115 in esame.
- 7) PISANI MASSAMORMILE, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2009, 92.
- 8) In senso sostanzialmente affermativo, v. già Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per il Lazio, delibera 9 gennaio 2013, n. 2. Per l'ammissibilità della trasformazione, MALTONI, in Maltoni - Ruotolo, *Problemi di "riassetto" delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in Guerrera (cur.), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 217 ss., spec. 252 s.; COZZARELLI, *Fondamenti giuridici di una trasformazione di una s.p.a. totalmente pubblica in azienda speciale: aspetti di diritto societario*, in Lucarelli, *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali: Studio sulla trasformazione della Società per azione in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2015, 75 s. In senso critico, CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali. Purposes and problems about the award of the integrat ed water servi ce to special undertaking*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 663 e CASAVECCHIA, *La trasformabilità (o meno) delle società in house che gestiscono servizi pubblici di rilevanza economica (in particolare che gestiscono il servizio idrico integrato) in aziende speciali a sensi dell'art. 114 del TU 267/2000*, in *Nuovo dir. soc.*, 12/2013, 7 ss. Nella prassi, il caso più noto è quello della trasformazione della ARIN s.p.a., partecipata dal Comune di Napoli nell'Azienda speciale ABC (acqua bene comune).
- 9) STELLA RICHTER jr., *Il controllo sugli atti costitutivi e delle deliberazioni modificative non ricevuti da notai*, in *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2006, 295.
- 10) Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 febbraio 2003, in *Società*, 2003, 1261 ss., con nota di BONAVERA, *Controllo della delibera di trasformazione di consorzio in società per azioni*.
- 11) In tal senso GUERRERA, *La società a partecipazione pubblica: disciplina, struttura e funzionamento*, in corso di pubblicazione, consultato per gentile concessione dell'Autore.
- 12) V. le norme richiamate in nt. 1.
- 13) SARALE, *Trasformazione e continuità di impresa*, Milano, 1996, 130, ove ampi riferimenti alla dottrina.
- 14) Cfr.: Trib. Roma, 11 aprile 1996; App. Roma 4 giugno 1996 in *Società*, 1996, 1291 ss.; Trib. Milano, 11 novembre 1996, *ivi*, 1997, 435 ss. che escludono l'iscrivibilità di s.r.l. a partecipazione pubblica locale.
- 15) GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 68 e ss.



- 16)** MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Tratt. Colombo – Portale*, 1, ***, Torino, 2004, 491.
- 17)** MOSCA, sub art. 2500-ter, *Trasformazione di società di persone*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, in *Comm Marchetti – Bianchi – Ghezzi – Notari*, Milano, 2006, 154; TASSINARI, *La trasformazione c.d. omogenea in generale*, in *MALTONI – TASSINARI, La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 140.
- 18)** MIOLA, *I conferimenti in natura*, cit., 461.
- 19)** MIOLA, *I conferimenti in natura*, cit., 438, ove altri riferimenti.
- 20)** Ancora una volta va richiamato l'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, il quale prevede che le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e, quindi, anche i Comuni "non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società". Mentre «è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni» pubbliche nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza. Peraltro «l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti» di funzionalità rispetto alle finalità istituzionali. Lo scrutinio di funzionalità rispetto ai fini istituzionali spetta all'ente che intende costituire o acquisire una partecipazione in società, che dovrà provvedere ad assumere una deliberazione che autorizzi la partecipazione.
- 21)** GHELARDUCCI, *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, cit., 1741.

(Riproduzione riservata)