



CONFINDUSTRIA

Rassegna giurisprudenza  
n. 2/2021



## **Sommario**

- 1. Una selezione della giurisprudenza costituzionale del 2020 in tema di rapporti economici 2**
- 2. La deliberazione della Corte dei conti sul caso ReiThera 11**
- 3. Adunanza plenaria n. 7 del 2021 sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione 17**
- 4. All'Adunanza plenaria le proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative 24**
- 5. Cessione di ramo di azienda e assunzione dei debiti della ceduta maturati in qualunque momento antecedente al trasferimento 26**
- 6. Aggiornamenti in tema di startup innovative: la sentenza del Consiglio di Stato (n. 2643 del 2021) e il Documento del Consiglio notarile di Milano (massima n. 197 del 27 aprile 2021) 33**

## 1. Una selezione della giurisprudenza costituzionale del 2020 in tema di rapporti economici

Il 13 maggio 2021 è stata pubblicata la Relazione del Presidente della Corte costituzionale sull'attività della Corte nel 2020 e una dettagliata relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2020. È sembrato utile, dopo aver riportato un quadro di contesto e alcune considerazioni generali, selezionare alcune pronunce della Corte relative ai rapporti economici e, in particolare: sull'inerenza all'art. 41 Cost. della disciplina dello Sportello unico delle attività produttive (finalizzata a consentire l'intrapresa dell'attività economica); sull'estensione degli effetti dell'informazione prefettizia antimafia interdittiva agli atti funzionali all'esercizio di un'attività imprenditoriale puramente privatistica; sull'esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese; infine, sulle disposizioni urgenti a seguito del crollo del Ponte Morandi di Genova: l'estromissione di ASPI dalle attività di demolizione, ricostruzione e ripristino del viadotto.

### **Considerazioni generali**

Il 13 maggio 2021 è stata pubblicata la Relazione del Presidente della Corte costituzionale (Giancarlo Coraggio) sull'attività della Corte nel 2020 e una dettagliata relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2020.

Nella Relazione sono presenti, anzitutto, alcune considerazioni di carattere generale sull'andamento del contenzioso. In particolare, anche nel 2020 i giudizi incidentali sono stati numerosi (circa il 58% del totale), con prevalenza di quelli promossi dai giudici ordinari; sono peraltro in costante aumento le questioni sollevate dai giudici speciali e, in particolare, dalla Corte dei conti in sede di parificazione dei rendiconti. Vi è stata, poi, una riduzione dei conflitti intersoggettivi, ai minimi storici dal 2006, e un aumento dei conflitti tra poteri.

Quanto ai giudizi principali, colpisce il numero ancora elevato del contenzioso tra Stato e Regioni che – come è stato rilevato in tutte le relazioni degli ultimi anni – affonda le sue radici nel Titolo V della parte II della Costituzione, i cui problemi applicativi non si possono dire ancora risolti, malgrado l'ormai ventennale impegno della Corte nella regolazione del riparto delle rispettive competenze. I suoi campi elettivi restano quelli del coordinamento della finanza pubblica, del rispetto delle regole sull'equilibrio dei bilanci e della regolazione dei rapporti finanziari, specie in settori come quelli dell'impiego del personale e della sanità, caratterizzati dagli aggregati di spesa più rilevanti.

La composizione del contenzioso si è riflessa sulla tipologia delle decisioni. Nel 2020 resta confermata la preponderanza di quelle rese nei giudizi incidentali: ben 163 (123 sentenze e

40 ordinanze) contro le 92 decisioni (69 sentenze e 23 ordinanze) nei giudizi principali, 5 nei conflitti tra enti e 14 nei conflitti tra poteri dello Stato.

Per questa Rassegna è sembrato utile selezionare alcune pronunce della Corte relative ai rapporti economici e, in particolare: sull'inerenza all'art. 41 Cost. della disciplina dello Sportello unico delle attività produttive (finalizzata a consentire l'intrapresa dell'attività economica); sull'estensione degli effetti dell'informazione prefettizia antimafia interdittiva agli atti funzionali all'esercizio di un'attività imprenditoriale puramente privatistica (legittimo strumento amministrativo di natura cautelare e preventiva); sull'esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese; infine, sulle disposizioni urgenti a seguito del crollo del Ponte Morandi di Genova: l'estromissione di Autostrade per l'Italia spa (ASPI) dalle attività di demolizione, ricostruzione e ripristino del viadotto.

### **L'inerenza all'art. 41 Cost. della disciplina del SUAP**

La sentenza n. 247 ha rammentato che lo Sportello unico per le attività produttive (SUAP) è stato introdotto dal d.lgs. n. 112 del 1998, che ha attribuito ai Comuni le funzioni amministrative concernenti la realizzazione, l'ampliamento, la cessazione, la riattivazione, la localizzazione e la rilocalizzazione di impianti produttivi.

La disciplina attuativa è dettata dal d.P.R. n. 160 del 2010, che definisce lo Sportello come l'unico punto di accesso per il richiedente in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti la sua attività produttiva, che fornisce una risposta unica e tempestiva in luogo di tutte le pubbliche amministrazioni, comunque coinvolte nel procedimento.

La sentenza n. 15 del 2010 ha chiarito che "la finalità perseguita è quella della istituzione di un procedimento amministrativo uniforme volto a consentire ai soggetti in possesso dei requisiti di legge la intrapresa dell'attività economica. Ciò non solo al fine di garantire, attraverso la uniformità e la ragionevole snellezza del procedimento, la maggiore trasparenza ed accessibilità del mercato, sì da assicurare le migliori condizioni di concorrenza, ma anche al fine di dare contenuto al precetto di cui all'art. 41 della Costituzione, il quale assegna, fra l'altro, alla legge dello Stato il compito di determinare i controlli opportuni affinché la iniziativa economica, anche privata, sia coordinata a fini sociali". L'istituzione del SUAP trova un addentellato anche in sede europea (art. 6 della direttiva 2006/123/CE).

Si tratta, dunque, di un istituto di particolare rilievo volto a dare attuazione al principio della semplificazione amministrativa in una materia, quale quella della iniziativa economica, di interesse fondamentale per lo sviluppo del Paese, e che costituisce uno sforzo significativo sulla strada di un'amministrazione più rapida ed efficiente, in grado di non opporre ostacoli quanto ad adempimenti e tempi procedurali e che, in questa prospettiva, esige uniformità di

trattamento su tutto il territorio nazionale al fine di garantire la necessaria par condicio a tutti gli operatori economici.

È evidente, allora, che qualsiasi intervento del legislatore regionale che incida in modo sostanziale sul procedimento, aggravandolo, non può ritenersi compatibile con questi principi e quindi, compromettendo tale finalità di semplificazione ed efficienza, comporta la violazione delle competenze esclusive dello Stato in materia di concorrenza e di livelli essenziali delle prestazioni.

Con riferimento alla concorrenza, la Corte ha già affermato che, qualora il legislatore regionale alteri “la procedura davanti al SUAP quale prevista dal legislatore statale – in particolare dall’art. 38, comma 3, del d.l. n. 112 del 2008 – aumentando le richieste poste a carico dei privati e istituendo nuovi passaggi procedurali”, determina “un ostacolo effettivo alla libera concorrenza [...] sotto un duplice profilo, interregionale e intraregionale” (sentenza n. 165 del 2014). In tal modo si dà luogo ad una duplice discriminazione “sia interspaziale, fra operatori di Regioni diverse, sia intertemporale, fra operatori già presenti nel mercato e nuovi” (sentenza n. 165 del 2014).

Ancor più evidente è la violazione della competenza esclusiva statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni. La Corte ha più volte affermato che le norme di semplificazione amministrativa possono essere ricondotte alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, in quanto anche l’attività amministrativa e, quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere, possono assurgere alla qualifica di “prestazione”, della quale lo Stato è competente a fissare un “livello essenziale” a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici e, in generale, di soggetti privati.

Ma si è anche chiarito che “questo titolo di legittimazione dell’intervento statale è invocabile in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione”, nonché “quando la normativa al riguardo fissi, appunto, livelli di prestazioni da assicurare ai fruitori dei vari servizi”, attribuendo “al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto”.

### **L’estensione dell’informazione antimafia interdittiva all’attività imprenditoriale**

La forza intimidatoria del vincolo associativo e la mole ingente di capitali provenienti da attività illecite sono inevitabilmente destinate a tradursi in atti e comportamenti che inquinano e falsano il libero e naturale sviluppo dell’attività economica nei settori infiltrati, con grave *vulnus*, non solo per la concorrenza, ma per la stessa libertà e dignità umana. Le modalità, poi, di tale azione criminale manifestano una grande “adattabilità alle circostanze”: variano, cioè, in relazione alle situazioni e alle problematiche locali, nonché alle modalità di penetrazione, e mutano in funzione delle stesse.

Quello che si chiede alle autorità amministrative non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi di interessi e valori costituzionalmente protetti, compito naturale dell'autorità giudiziaria, bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento. È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento in questione, al quale, infatti, viene riconosciuta dalla giurisprudenza natura "cautelare e preventiva", comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa.

Così la sentenza n. 57 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 89-*bis* e 92, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 159 del 2011, impugnati, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., in quanto estendono gli effetti dell'informazione prefettizia antimafia interdittiva agli atti funzionali all'esercizio di una attività imprenditoriale privatistica.

Dopo aver evidenziato l'estrema pericolosità e l'ampiezza del fenomeno mafioso (sentenza n. 4 del 2018), la Corte ha precisato che "deriva dalla natura stessa dell'informazione antimafia che essa risulti fondata su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria, perché sintomatici e indiziari". Tuttavia, ciò non comporta la violazione del principio fondamentale di legalità sostanziale, poiché, come la stessa giurisprudenza amministrativa ha precisato, "l'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale" richiedono "alla prefettura una attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa".

Tale quadro deve emergere, poi, da una motivazione accurata che, nella specie, assume una rilevanza affatto particolare. In ogni caso, ha sottolineato la Corte, queste complesse valutazioni che sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette a un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo da parte del giudice amministrativo, il quale non si limita ad un controllo estrinseco ma procede a un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza. Il risultato di questo impegno è la individuazione di un nucleo consolidato di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale.

Il dato normativo, arricchito dell'articolato quadro giurisprudenziale, esclude, dunque, la fondatezza dei dubbi di costituzionalità avanzati dal rimettente in ordine alla ammissibilità, in sé, del ricorso allo strumento amministrativo, e quindi alla legittimità della pur grave limitazione della libertà di impresa che ne deriva. In particolare, quanto al profilo della ragionevolezza, la risposta amministrativa non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo il fenomeno mafioso.

Peraltro, l'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, dispone che l'informativa antimafia ha una validità limitata di dodici mesi, cosicché alla scadenza del termine l'autorità prefettizia deve verificare la persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, del recupero dell'impresa al mercato. La Corte

ha sottolineato l'importanza di tale riesame periodico, finalizzato a "scongiurare il rischio della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile". Infine, i Giudici hanno ritenuto che la costituzionalità del provvedimento non sia pregiudicata nemmeno dalla sua efficacia immediata, connaturata, peraltro, ai provvedimenti amministrativi "e a cui comunque si può porre rimedio in sede giurisdizionale con una pressoché immediata sospensione nella fase cautelare".

### **L'esclusione dalle procedure di affidamento dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese**

La sentenza n. 85 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 38, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006 e 186-*bis*, sesto comma, del r.d. n. 267 del 1942, impugnati, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost., nella parte in cui escludono dalla partecipazione alle gare pubbliche i raggruppamenti temporanei di imprese la cui mandataria è assoggettata a concordato preventivo con continuità aziendale.

L'art. 38, comma 1, lett. a), stabilisce la regola generale in base alla quale non possono partecipare alle procedure di affidamento i soggetti sottoposti a procedure concorsuali, mentre l'art. 186-*bis*, sesto comma, introduce una deroga, consentendo la partecipazione alle imprese sottoposte a concordato preventivo con continuità aziendale, ad esclusione delle mandatarie di raggruppamenti temporanei di imprese. La *ratio* delle disposizioni è stata individuata "nella finalità di tutelare l'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni oggetto del contratto".

In tale prospettiva, la regola generale prevede l'esclusione dagli affidamenti pubblici delle imprese sottoposte a procedure concorsuali per evitare che il contraente pubblico "si trovi in una relazione contrattuale con imprenditori non affidabili sotto il profilo economico e finanziario". Ritenuto che la procedura di concordato preventivo con continuità aziendale "si caratterizza per la previsione della stabilità dei contratti in essere con le pubbliche amministrazioni", il censurato art. 186-*bis* contiene una deroga alla menzionata regola, volta a "consentire eccezionalmente alle imprese che si trovino in questa condizione di acquisire commesse pubbliche e garantire così una migliore soddisfazione dei creditori".

In primo luogo, sono state rigettate le censure di violazione del principio di uguaglianza per asserita disparità di trattamento tra l'impresa che riveste la qualità di mandataria di un RTI e l'impresa che, nella stessa situazione di concordato preventivo con continuità aziendale, partecipa come singola offerente o come mandataria di un consorzio ordinario di concorrenti; nonché tra raggruppamenti temporanei di imprese, a seconda che siano sottoposte alla procedura concorsuale le mandatarie o le mandanti.

Al riguardo, l'inapplicabilità del regime derogatorio quando la procedura concorsuale interessi la mandataria di un raggruppamento temporaneo si spiega in ragione della "diversa modalità di partecipazione alla gara, e in caso di aggiudicazione, al rapporto contrattuale, rispetto alla partecipazione di un'impresa che concorra rispettivamente in forma singola, o

in qualità di mandante di un RTI, o anche come mandataria di imprese che si costituiranno in consorzio”. Infatti, la diversa modalità di partecipazione risulta “non indifferente dal punto di vista dell’interesse della stazione appaltante”, dal momento che l’impresa mandataria ha la rappresentanza esclusiva delle imprese riunite e, a differenza delle mandanti, oltre a rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali, “è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante per l’esecuzione di tutte le prestazioni previste dal bando di gara, anche quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti”.

Considerazioni analoghe valgono quando il raggruppamento di imprese è di tipo orizzontale, in quanto, nonostante la responsabilità solidale anche delle mandanti, la posizione della mandataria rimane peculiare, avendo il potere rappresentativo, anche processuale, delle imprese raggruppate.

Le descritte peculiarità, invece, non ricorrono “nel caso delle mandanti di un RTI, né in quello dell’impresa che, sempre in forza di un rapporto di mandato, stipuli il contratto in nome e per conto delle mandanti prima della costituzione di un consorzio ordinario”, in quanto, perfezionatosi il procedimento costitutivo, il consorzio risponde e agisce quale autonomo soggetto giuridico.

Quando un’impresa partecipa a una procedura di affidamento in forma individuale, anziché in raggruppamento temporaneo, nella fase esecutiva del contratto le modalità di relazione con la stazione appaltante sono meno complesse, in quanto non si manifestano quelle particolari esigenze di coordinamento delle prestazioni che “devono trovare soluzione nella relazione fra mandataria, unico diretto interlocutore dell’amministrazione per tutta la fase esecutiva, e imprese riunite, responsabili solo per le parti di rispettiva competenza”. La circostanza che l’impresa partecipante agli affidamenti individualmente sia tenuta, al pari di una mandataria di un RTI, ad eseguire per intero le prestazioni a cui è obbligata “non è sufficiente a rendere omogenee le due fattispecie e dunque costituzionalmente necessaria la parità del loro trattamento”.

Anche le censure di irragionevolezza sono state respinte. In particolare, l’esclusione *de qua*, “funzionale all’interesse della stazione appaltante a selezionare contraenti ragionevolmente affidabili”, non contraddice la previsione, ex art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, della possibilità “in caso di fallimento della mandataria di proseguire il rapporto per il tramite di una modificazione soggettiva del contratto”, riconducibile alla *ratio* di “tutelare il diverso interesse pubblico a conservare il rapporto in corso”. La scelta di far prevalere, in sede di bilanciamento, “l’interesse della stazione appaltante al corretto e puntuale adempimento della prestazione affidata nella particolare ipotesi del contratto concluso con un RTI” rispetto a quello dell’impresa mandataria in concordato preventivo al superamento della crisi rientra pienamente nella discrezionalità del legislatore. Tale scelta si ispira “pur sempre alla *ratio* sottesa alla regola generale di esclusione dalle procedure di affidamento delle imprese sottoposte a procedure concorsuali”. Quanto all’asserita lesione della libertà economica, si è ritenuto che il legislatore l’abbia limitata per ragioni di utilità sociale non arbitrarie e secondo modalità non incongrue rispetto allo scopo perseguito. Infine, le norme impugnate



perseguono “l’interesse della stazione appaltante a scegliere il contraente più affidabile e capace di adempiere”, risultando pienamente conformi al principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

### **Disposizioni urgenti a seguito del crollo del Ponte Morandi: l’estromissione di ASPI dalle attività di demolizione, ricostruzione e ripristino del viadotto**

La sentenza n. 168 si è pronunciata su molteplici disposizioni del d.l. n. 109 del 2018 adottato a ridosso del crollo del viadotto Polcevera, più noto come Ponte Morandi, al fine di rispondere con urgenza alla eccezionale gravità di quanto accaduto e di avviare le attività di ripristino di un tratto vitale per la viabilità. Sono state dichiarate non fondate le questioni di costituzionalità, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., dell’art. 1, commi 3, 5, 7, 8 e 8-bis, del suddetto d.l. che, in estrema sintesi, hanno estromesso la concessionaria Autostrade per l’Italia spa (ASPI) dalle attività di demolizione, ricostruzione e ripristino del viadotto, prevedendo la non attivazione da parte del concedente della convenzione di cui il concessionario è parte.

Come conseguenza dell’indicata scelta legislativa, non solo non è sorto l’obbligo per il concessionario di fornire la prestazione, nonostante ASPI ne avesse dichiarato la volontà, ma è stato anche precluso al commissario straordinario di avviare la procedura negoziata senza pubblicazione con il concessionario.

Ciascuno di tali due passaggi è stato ritenuto basato su ragioni obiettive.

Quanto al primo profilo, è stato chiarito che – nonostante rientri tra gli “obblighi del concessionario” quello di provvedere a propria cura e spese al mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione tempestiva delle stesse – è una facoltà del concedente esigere che il concessionario provveda all’esecuzione di quanto previsto, senza che ciò si possa convertire nella pretesa del concessionario di invertire le posizioni, imponendo al concedente una condotta che il legislatore provvedimentale, nella sua discrezionalità, considera contraria all’interesse pubblico. Non è stato condiviso, poi, neppure l’assunto in base al quale il concessionario sarebbe stato più idoneo, anche per il profilo della tempestività, a realizzare le opere. Nel contesto di eccezionale gravità dovuto al crollo del ponte, infatti, è stata ritenuta tutt’altro che “irragionevole, incongrua o sproporzionata la scelta legislativa di affidare la ricostruzione a terzi, anziché al concessionario”, in quanto essa non rappresenta una sanzione ad ASPI in assenza di un accertamento della responsabilità, ma piuttosto una cautela frutto di un equilibrato punto di sintesi tra una pluralità di diversi interessi.

Non è stata ravvisata, poi, violazione degli artt. 23 e 97 Cost. nell’aver omesso un procedimento amministrativo nel quale valutare, in contraddittorio con ASPI, l’opportunità di rivolgersi al mercato ai fini della ricostruzione, anziché domandare alla concessionaria di provvedere direttamente, dopo averne valutato il grado di responsabilità. Infatti, anche se, in particolari circostanze, condizione di legittimità costituzionale dell’atto avente forza di

legge è che esso non sia contagiato da vizi propri del procedimento amministrativo che lo precede, ciò non equivale a dire che l'omissione di tale procedimento sia di per sé un vizio della legge, se non quando il procedimento preliminare è imposto direttamente o indirettamente dalla Costituzione, evenienza non verificatasi nel caso di specie. L'esclusione del procedimento amministrativo, in ossequio al principio di legalità, è compiutamente descritta dalla legge e "corrisponde ad una ratio obiettivamente desumibile dal sistema normativo".

La non fondatezza è stata pronunciata anche con riferimento alle questioni, strettamente collegate alle precedenti, riguardanti gli artt. 1, comma 5, 1-bis e 4-bis del d.l. n. 109 del 2018, impugnati, in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui privano ASPI della prerogativa di espropriare le aree interessate ai lavori. Si tratta, infatti, di norme meramente ancillari rispetto alla scelta della parte pubblica di affidare a terzi le opere, con la conseguenza che è "immune da ogni profilo di incongruità, e obiettivamente sorretta da idonea ragione giustificatrice, la decisione di allocare presso il commissario straordinario il potere di esproprio di quanto necessario al compimento di attività, che siano legittimamente demandate a terzi, anziché riservate al concessionario".

La Corte, poi, si è soffermata su diverse questioni relative alla seconda scelta legislativa – conseguente alla decisione di non ricorrere alla convenzione – di incaricare il commissario di procedere all'affidamento dei lavori per mezzo di procedura negoziata senza previa pubblicazione, disciplinata dall'art. 32 della direttiva 2014/24/UE. In particolare, sono state dichiarate non fondate le questioni aventi ad oggetto l'art. 1, comma 7, del d.l. n. 109 del 2018, impugnato, in riferimento agli artt. 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103 e 111 Cost., nella parte in cui esclude dalla procedura negoziata la concessionaria al tempo dell'evento.

La Corte, quanto all'asserita lesione degli artt. 3 e 41 Cost., ha evidenziato che la norma censurata "è il precipitato naturale, e contraddistinto da coerenza intrinseca", della decisione legislativa che ha escluso per il concedente la possibilità di chiedere l'esatto adempimento della convenzione da parte di ASPI, preferendo terzi operatori. Alla base della non fondatezza sono "le medesime e solide ragioni di eccezionale gravità e urgenza, connesse alla tragedia di Genova e al conseguente deficit di fiducia incorso nei confronti del custode del bene perito, che hanno permesso di escludere l'illegittimità costituzionale della prima e fondamentale scelta legislativa".

Quanto alla violazione degli artt. 23 e 97 Cost. prospettata per l'asserito carattere sanzionatorio della norma, essa è stata esclusa poiché il legislatore è stato mosso da "un intento non punitivo, ma di cautela, oltre che di regolazione del mercato".

Infine, sono state ritenute infondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 24, 102, 103 e 111 Cost., in quanto l'estromissione di ASPI dalla procedura, senza che fosse stata accertata giudizialmente la responsabilità per il crollo del ponte, non ha determinato la lesione del diritto di difesa. Al riguardo "non vi è correlazione tra la scelta precauzionale di non impegnare ulteriormente il concessionario, e l'accertamento definitivo della responsabilità in un giudizio civile o penale per il fatto (il quale potrebbe oltretutto richiedere

molto tempo), nel senso che la prima, esercitata dal legislatore, non necessita del secondo, soggetto invece a riserva di giurisdizione (sentenza n. 85 del 2013)”. In altri termini, “la portata obiettiva del censurato art. 1, comma 7, non consiste nell’accertare la responsabilità per trarne effetti sanzionatori, ma nel regolare l’affidamento dei lavori di ricostruzione del ponte”.

La sentenza ha inoltre precisato che una legge o un atto avente forza di legge “ha carattere provvedimentale” se “contiene previsioni di contenuto particolare e concreto che incidono su un numero limitato di destinatari, attraendo alla sfera legislativa quanto normalmente affidato all’autorità amministrativa (sentenza n. 114 del 2017)”.

## 2. La deliberazione della Corte dei conti sul caso ReiThera

Il 21 maggio sono state depositate le motivazioni della deliberazione, assunta l'11 maggio, dalla Corte dei conti, Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, sul caso ReiThera. L'investimento per il progetto ReiThera non può comprendere, a giudizio della Corte, l'acquisto della proprietà della sede operativa della Società, sita in Castel Romano, mentre la spesa per la realizzazione del solo impianto di infialamento e confezionamento per il progetto di vaccino Reithera ammonterebbe a 7,734 milioni di euro e non raggiungerebbe la soglia minima di 10 milioni prevista dalle normative.

### **Il fatto**

È pervenuto, in data 1° marzo 2021, all'Ufficio di controllo sugli atti del Ministero dello sviluppo economico, per l'esercizio del controllo preventivo di legittimità, il Decreto del Direttore generale per gli incentivi alle imprese, n. 549 del 22 febbraio 2021, di approvazione dell'Accordo di sviluppo sottoscritto in data 17 febbraio 2021 dal Ministero dello Sviluppo economico, dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. - Invitalia - e dalla Società ReiThera S.r.l., volto a sostenere il programma di sviluppo industriale da realizzare presso lo stabilimento produttivo sito in Castel Romano (RM), finalizzato allo sviluppo e successiva validazione clinica di un vaccino atto a prevenire la patologia derivante da Covid-19.

L'Accordo si colloca nell'ambito applicativo della disciplina dettata dal D.M. 9 dicembre 2014 in materia di contratti di sviluppo, recante modalità e criteri per la concessione delle agevolazioni e la realizzazione degli interventi di cui all'art. 43 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

Nell'ambito della documentazione a corredo dell'atto, è pervenuta all'Ufficio di controllo la c.d. "Relazione di coerenza" resa da Invitalia in qualità di soggetto incaricato, ai sensi dell'art. 3 del D.M. 9 dicembre 2014, delle funzioni relative alla gestione delle domande di accesso alle agevolazioni e, nello specifico, dell'istanza presentata il 30 settembre 2020 da ReiThera.

Quest'ultima ha presentato istanza di accesso alla procedura di un Accordo di Sviluppo *"finalizzato allo sviluppo e successiva validazione clinica di un vaccino atto a prevenire la patologia derivante da Covid-19"* e consistente in:

- un investimento produttivo, finalizzato all'ampliamento dello stabilimento produttivo sito in Via di Castel Romano n. 100 (RM), al fine di consentire la produzione (a partire dal 2021) di un numero di dosi di vaccino al mese ricompreso tra 10 e 20 milioni, per un

investimento pari ad euro 11.747.316,28 nel quale si prevede, in particolare, l'acquisto dell'attuale sede operativa (euro 4.000.000,00), ove la Società opera in forza di un contratto di comodato e di tre contratti di locazione, e la realizzazione di un impianto di infialamento e confezionamento (euro 7.747.316,28);

- un investimento di ricerca e sviluppo, finalizzato a completare la sperimentazione clinica (fasi II e III) del vaccino anti-Covid 19 sviluppato dalla Società, per un totale di investimenti ritenuti ammissibili pari a euro 68.260.000,00 (di cui euro 65.321.000,00 per attività di Ricerca Industriale ed euro 2.939.000,00 per attività di Sviluppo sperimentale).

Sull'atto, il competente Ufficio di controllo ha formulato rilievo chiedendo chiarimenti in ordine ad alcuni profili. Con nota in data 21.04.2021, l'Amministrazione ha fornito riscontro alle predette osservazioni. Il Magistrato istruttore ha ritenuto che le risposte fornite dall'Amministrazione non fossero idonee a superare le perplessità formulate. In data 10 maggio 2021, in vista dell'adunanza pubblica, è pervenuta alla Sezione del controllo una memoria dell'Amministrazione, volta a ribadire e maggiormente argomentare le posizioni già espresse in sede di risposta al rilievo.

## **Il quadro normativo di riferimento**

La materia dei contratti di sviluppo trova la sua disciplina, anzitutto, nell'art. 43 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133. L' art. 43, al comma 1, lettera b), ha previsto di affidare, con le modalità stabilite da apposita convenzione, all'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa S.p.A. (Invitalia) le funzioni relative alla gestione dell'intervento di cui al medesimo articolo, ivi comprese quelle relative alla ricezione, valutazione e approvazione della domanda di agevolazione, alla stipula del relativo contratto di ammissione, all'erogazione, al controllo e al monitoraggio dell'agevolazione, alla partecipazione al finanziamento di eventuali opere infrastrutturali complementari e funzionali all'investimento privato. Il medesimo art. 43 ha affidato al Ministero dello sviluppo economico la definizione, con apposite direttive, degli indirizzi operativi per la gestione dell'intervento, la vigilanza sull'esercizio delle funzioni attribuite all'Agenzia, l'effettuazione di verifiche, anche a campione, sull'attuazione degli interventi finanziati e sui risultati conseguiti.

Tale previsione ha trovato una prima attuazione nel D.M. 24 settembre 2010, che ha individuato le attività, le iniziative, le categorie di imprese, il valore minimo degli investimenti e le spese ammissibili all'agevolazione, la misura e la natura finanziaria delle agevolazioni concedibili, nei limiti consentiti dalla normativa comunitaria, e i criteri di valutazione dell'istanza di ammissione all'agevolazione.

Successivamente il legislatore, con il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, nel rifinanziare i contratti di sviluppo, ha ridefinito (art. 3, co. 4) le modalità e i criteri per la concessione delle agevolazioni e la realizzazione degli interventi di cui al citato art. 43 del DL n. 112/2008. In attuazione di tale

disposizione, è stato adottato il D.M. 14 febbraio 2014 di riforma della disciplina relativa ai contratti di sviluppo che vedeva, quale quadro comunitario di riferimento, i Regolamenti all'epoca vigenti in materia di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE e ss.mm., nonché degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) in tema di aiuti *de minimis*.

L'art. 34, co. 3, del citato D.M. 14 febbraio 2014 rimetteva a un successivo decreto l'aggiornamento della disciplina di concessione delle agevolazioni, in conformità alle nuove disposizioni che, con riferimento alla suddetta materia, sarebbero state, nel frattempo, adottate dalla Commissione europea. Per le già menzionate finalità, è stato, quindi, adottato il D.M. 9 dicembre 2014, recante l'adeguamento alle nuove norme in materia di aiuti di Stato previste dal regolamento (UE) n. 651/2014 dello strumento dei contratti di sviluppo, di cui all'art. 43 del DL n. 112/2008, che costituisce l'attuale disciplina di riferimento per la sottoscrizione e l'approvazione, da parte del MiSE, di tali strumenti agevolativi.

Nell'ambito del quadro normativo di riferimento, il Decreto 9 dicembre 2014 riveste, nel caso di specie, particolare rilievo, in quanto fornisce la nuova disciplina di dettaglio nella materia dei contratti di sviluppo.

Le disposizioni di più specifico interesse per l'esame dell'atto in oggetto sono rinvenibili nel Titolo I (Disposizioni generali) e, in particolare, nell'art. 3 (Soggetto gestore) con riguardo al ruolo di Invitalia, nell'art. 4 (Contratto di sviluppo) per la definizione dello strumento agevolativo e dei relativi elementi costitutivi, nell'art. 5 (Programma di sviluppo industriale) per la specifica disciplina dei programmi di sviluppo industriale relativi ad iniziative imprenditoriali finalizzate alla produzione di beni e/o servizi, all'art. 9 (Fase di accesso, negoziazione e concessione delle agevolazioni) che scandisce le diverse fasi di accesso, valutazione ed erogazione delle agevolazioni in argomento e all'art. 9-bis (Accordi di sviluppo per programmi di rilevanti dimensioni) che detta disposizioni per una procedura più accelerata per la realizzazione di programmi di sviluppo di più consistenti importi e di particolare rilevanza strategica in relazione al contesto territoriale e al sistema produttivo interessato. Nell'ambito del Titolo II (Progetti relativi a investimenti produttivi per i programmi di sviluppo industriale e turistici), trovano specifica applicazione nel caso *de quo* l'art. 14 (Soggetti beneficiari, aree e progetti ammissibili) e l'art. 15 (Spese ammissibili) mentre, nell'ambito del Titolo III, viene in rilievo la disciplina dei Progetti di ricerca, sviluppo e innovazione, come dettata agli artt. 20 e 21 del D.M.

## **La decisione**

Tralasciando i profili per i quali non sussiste, secondo la Corte, illegittimità dell'atto (rapporto di servizio e carente valutazione, da parte di Invitalia, dell'istanza), sembra rilevante, invece, analizzare le questioni che hanno portato alla decisione. La Corte esamina, in particolare, la questione relativa alla non ascrivibilità del progetto di investimento alle tipologie di progetti ammissibili elencati all'art. 14, co. 2, del D.M. 9 dicembre 2014.

Occorre premettere, che l'Accordo di sviluppo è volto a realizzare un programma di sviluppo industriale e, come previsto dall'art. 5 del decreto di disciplina della materia, esso deve riguardare *“un’iniziativa imprenditoriale finalizzata alla produzione di beni e/o servizi, per la cui realizzazione sono necessari uno o più progetti di investimento, come individuati nel Titolo II, ed, eventualmente, progetti di ricerca, sviluppo e innovazione, come individuati nel titolo III strettamente connessi e funzionali tra loro in relazione ai prodotti e servizi finali.”*

Nella struttura di un Programma di sviluppo industriale, dunque, risulta essenziale la presenza di un progetto di investimento ed è indicata come eventuale la presenza di un progetto di ricerca, sviluppo ed innovazione.

L'insuperabile rilevanza del progetto di investimento nel Programma di sviluppo industriale trova conferma nel successivo co. 2 dell'art. 5, che stabilisce una soglia minima delle spese ammissibili per tali investimenti complessivamente non inferiore a 10 milioni di euro. È richiesto all'impresa proponente di impegnarsi con investimenti, costituiti da immobilizzazioni definite dagli articoli 2423 e ss. del Codice civile, pari, di norma, ad almeno la metà delle spese dell'intero progetto finanziato - nelle forme di contributo a fondo perduto e/o di finanziamento agevolato - da parte dello Stato.

Il progetto d'investimento, inoltre, deve essere tra quelli indicati al Titolo II del decreto e, in particolare all'art. 14, il cui comma 1 prevede la concessione delle agevolazioni - oltre che nei casi, qui non di interesse, dei programmi da realizzare nelle aree del territorio nazionale ammesse alla deroga di cui all'art. 107, par. 3, lettera a) del TFUE, in materia di aiuti di Stato - nelle restanti aree del territorio nazionale, alle sole PMI, per la realizzazione dei progetti indicati al co. 2 del medesimo art. 14.

Tutte le tipologie di progetti di investimento ammissibili si riferiscono alla creazione, ampliamento, riconversione, ristrutturazione, acquisizione di una “unità produttiva”. Il progetto di investimento produttivo, dunque, ai sensi dell'art. 14, co. 2, del D.M. di disciplina, non può riguardare l'intero complesso aziendale ma solo “unità produttive” determinate e, ad esclusione dell'ipotesi di cui alla lettera a), “unità produttive” già esistenti.

Nel progetto di investimento dedotto nell'Accordo in esame tali caratteristiche non si rinvengono. La Corte osserva, infatti, che il progetto di investimento proposto è definito nell'Accordo di sviluppo come “ampliamento dello stabilimento produttivo” sito in Castel Romano (RM), quindi non di una “unità produttiva”, come richiede la norma, bensì dell'intero complesso aziendale. Lo stesso Accordo, nella descrizione del progetto, prosegue con lo specificare che esso consiste nell'acquisizione della proprietà della sede operativa della Società e nella “realizzazione” di un impianto di infialamento e confezionamento delle dosi di vaccino. Così descritto nella sua articolazione, il progetto di investimento proposto non risulta rientrare in alcuna delle tipologie di progetto ammissibile.

La sola parte del progetto che riguarda la realizzazione del nuovo impianto di produzione industriale può essere ricondotta alla richiamata ipotesi di cui all'art. 14, co. 2, lettera a).

Nessuna previsione, invece, permette di considerare conforme all'art. 14, co. 2, del D.M., l'acquisto in proprietà dell'attuale sede operativa dell'impresa.

L'indicazione della categoria di spese ammissibili "opere murarie e assimilate", di cui al citato art. 15, fornita dall'Amministrazione a sostegno della legittimità dell'investimento relativo all'acquisto della proprietà della sede, non appare in ogni caso idonea a rendere l'investimento proposto conforme alle disposizioni dell'art. 14, in quanto esso non attiene a una singola "unità produttiva" - il realizzando impianto di infialamento e confezionamento, come sostenuto dall'Amministrazione - ma riguarda l'intera sede dove la Società svolge il complesso delle sue attività che - si evidenzia - *"nel 2019 ha riguardato essenzialmente attività di ricerca e sviluppo per conto della società controllante Keires A.G."*, come riportato nella stessa Relazione di Invitalia.

Tale circostanza rende il progetto di investimento proposto inconciliabile con la condizione posta dallo stesso art. 15, co. 1, secondo cui le spese sono ammissibili *"nella misura necessaria alle finalità del progetto oggetto della richiesta di agevolazioni"* e non, come risulta dal progetto presentato, alle finalità generali - produttive o di ricerca, anche per conto terzi - perseguite da ReiThera, né alle ancor più generali finalità di rafforzare la consistenza patrimoniale dell'impresa.

Da quanto sopra esposto deriva che l'inammissibilità del progetto di investimento costituito dall'acquisto della proprietà della sede operativa della Società, sita in Castel Romano (RM) per un previsto importo di euro 4.000.000,00 non consente al solo investimento rappresentato dalla realizzazione dell'impianto di infialamento e confezionamento, per un importo di euro 7.734.126,68, di raggiungere la soglia minima di 10 milioni di euro prescritta all'art. 5, co. 3, del D.M. 9 dicembre 2014.

La decisione della Corte appare coerente con la disciplina dei Contratti di sviluppo, il cui scopo principale è di favorire l'attrazione di investimenti, anche esteri, e la realizzazione di progetti di sviluppo d'impresa rilevanti per il rafforzamento della struttura produttiva del Paese, soprattutto nelle aree svantaggiate e nel Mezzogiorno. Si può pertanto ritenere che, alla base dei Contratti di sviluppo (così come degli Accordi di sviluppo di cui all'art. 9-bis del D.M. 9 dicembre 2014), vi sia l'esigenza primaria di rafforzare la struttura produttiva.

In particolare, sebbene l'Accordo di sviluppo sia composto da due parti (un investimento produttivo e un investimento di ricerca e sviluppo), il mancato rispetto della soglia di 10 milioni deve essere riferito ai soli progetti di investimento, e non anche ai progetti di ricerca, sviluppo e innovazione, che sono solo eventuali. A tal proposito, si può richiamare l'art. 5, comma 3, del D.M. 9 dicembre 2014, laddove prevede che fermo restando il rispetto dell'importo complessivo del programma di sviluppo di cui all'art. 4, comma 3, i progetti d'investimento del soggetto proponente, a parte eventuali progetti di ricerca, sviluppo e innovazione, devono prevedere spese ammissibili di importo complessivo non inferiore a 10 milioni di euro ovvero 3 milioni di euro se il programma riguarda esclusivamente attività di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli.



Si può dunque concludere che il progetto di investimento, da solo, deve raggiungere una soglia minima di 10 milioni di euro; diversamente, esso risulta inammissibile, ancorché siano previsti ulteriori progetti di ricerca, sviluppo e innovazione.

### 3. Adunanza plenaria n. 7 del 2021 sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 7 del 2021, torna a pronunciarsi sulla natura della responsabilità della P.A. per danno da ritardo nell'emanazione di un provvedimento amministrativo. Con tale sentenza, la Plenaria esamina i riflessi della responsabilità della P.A. per inerzia o ritardo, sia da illegittimità provvedimento, sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, che causa una lesione di interessi legittimi, giungendo alla conclusione che si tratta di una responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già una responsabilità da inadempimento contrattuale, ed evidenziando, altresì, la necessità di accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita. Per la quantificazione delle conseguenze risarcibili il Collegio ritiene che, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. si applichino i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ., e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225.

#### **Il fatto**

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per la ritardata conclusione del procedimento amministrativo, sulle quali ha ravvisato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso (articolato in quattro ricorsi) promosso dalla Iris Impianti Energia Rinnovabile Siracusa s.r.l. per la condanna della Regione siciliana al risarcimento dei danni subiti a causa del ritardo con cui l'amministrazione regionale ha autorizzato, con decreti di data 18 febbraio 2013, la realizzazione e gestione di tre impianti fotovoltaici nel Comune di Siracusa, sui quattro domandati dalla medesima ricorrente, ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), con istanze presentate all'amministrazione tra il giugno del 2009 e il luglio del 2010.

Il risarcimento è chiesto in ragione del fatto che a causa del ritardo nel rilascio delle autorizzazioni – per le quali la ricorrente aveva dapprima agito ex art. 117 cod. proc. amm.

contro il silenzio serbato dall'amministrazione e quindi in ottemperanza – l'investimento a sarebbe divenuto antieconomico. Ciò per effetto del divieto di accesso al regime tariffario incentivante ai sensi dell'(ora abrogato) art. 7 d.lgs. n. 387 del 2003 connesso alla produzione di energia da fonti rinnovabili (solare), introdotto, per gli impianti fotovoltaici realizzati con moduli collocati a terra su fondi agricoli, dall'art. 65 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

Con una prima questione deferita il Consiglio di giustizia amministrativa chiede di stabilire se la sopravvenienza normativa da ultimo menzionata interrompa il nesso causale tra l'inerzia dell'amministrazione nel definire i procedimenti autorizzativi originati dalle istanze della società ricorrente e il danno da quest'ultima lamentato a titolo di lucro cessante (o alternativamente quale *chance* di guadagno), consistente nel venir meno dei margini economici realizzabili con il regime incentivante. Le ulteriori questioni deferite riguardano la misura del danno risarcibile in conseguenza del ritardo, le quali vengono dal giudice rimettente poste in dipendenza con quella relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione, se cioè essa abbia natura contrattuale o da fatto illecito.

### **Il quadro normativo**

Le questioni ex art. 99 cod. proc. amm. su cui l'Adunanza plenaria è chiamata a pronunciarsi concernono la responsabilità dell'amministrazione pubblica per il ritardo nella conclusione del procedimento originato da un'istanza autorizzativa.

L'Adunanza plenaria ritiene che la responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche sia inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito, sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi, quale risultante dall'evoluzione storico-istituzionale e di diritto positivo che la ha caratterizzata.

La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., sul non esatto adempimento della "*prestazione*" cui il debitore è obbligato in base al contratto. Un vincolo obbligatorio di analogia portata non può essere configurato per la pubblica amministrazione che agisca nell'esercizio delle sue funzioni amministrative e, quindi, nel perseguimento dell'interesse pubblico definito dalla norma attributiva, che fonda la causa giuridica del potere autoritativo. Sebbene a quest'ultimo si contrapponga l'interesse legittimo del privato, la relazione giuridica che si instaura tra il privato e l'amministrazione è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, l'interesse legittimo del privato e il potere dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione. In questo caso, quindi, è configurabile non già un obbligo giuridico in capo all'amministrazione, bensì un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza.

L'Adunanza Plenaria offre alcuni spunti sull'evoluzione del concetto di "interesse legittimo" da tutelare, evidenziando che nel tempo, la giurisprudenza ha disancorato l'interesse legittimo dalla sua originaria concezione di interesse occasionalmente protetto e, anche in

considerazione del quadro normativo, ne ha rilevato la dimensione “sostanzialista”, quale interesse correlato ad un “bene della vita” coinvolto nell’esercizio della funzione pubblica, e comunque a una situazione soggettiva sostanziale facente parte della sfera giuridica di cui il soggetto è titolare.

Sulla base di tale quadro normativo, è stato dunque introdotto nel diritto pubblico un sistema in cui è devoluto al giudice amministrativo il potere di condanna dell’amministrazione al risarcimento del danno da illegittimo esercizio del potere pubblico, in una logica eminentemente “rimediale”, e cioè come “*strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*” (Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2004, n. 204; § 3.4.1), in quanto tale attribuito al “*giudice naturale della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica*” (Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191; 4.3).

Questo assetto ha trovato una definitiva sistemazione con il codice del processo amministrativo. La “*tutela piena ed effettiva*” da esso delineata (art. 1, sopra citato) si attua con la concentrazione presso il giudice amministrativo di “*ogni forma di tutela degli interessi legittimi*” (art. 7, comma 7), e la devoluzione ad esso delle controversie “*relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*” (art. 7, comma 4).

Una volta delineata l’attuale portata degli interessi legittimi da tutelare, la Plenaria affronta il nodo centrale della questione, ossia la responsabilità da danno ingiusto, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui la valutazione sull’ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale.

Il requisito dell’ingiustizia del danno implica che il risarcimento potrà essere riconosciuto se l’esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest’ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Infatti, diversamente da quanto avviene nel settore della responsabilità contrattuale, il cui aspetto programmatico è costituito dal *rapporto giuridico* regolato bilateralmente dalle parti mediante l’incontro delle loro volontà, concretizzato con la stipula del *contratto-fatto storico*, il rapporto amministrativo si caratterizza per l’esercizio unilaterale del potere, idoneo, se difforme dal paradigma legale e in presenza degli altri elementi costitutivi dell’illecito, a ingenerare la responsabilità aquiliana della P.A.

Depongono, infine, nel senso della riconducibilità del danno per lesione di interessi legittimi al modello della responsabilità per fatto illecito, anche indici normativi di univoca portata testuale. In particolare, i commi 2 e 4 dell’art. 30 cod. proc. amm., rispettivamente fanno riferimento al “*danno ingiusto derivante dall’illegittimo esercizio dell’attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*», e al «*danno che il ricorrente comprouvi di aver subito in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*». Con specifico riguardo alle “*conseguenze per il ritardo dell’amministrazione nella conclusione del procedimento*”, l’art. 2-bis, comma 1, della legge n. 2411 del 1990

prevede, quindi, che i soggetti pubblici e privati tenuti ad agire secondo le regole del procedimento amministrativo *“sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”*.

L’ingiustizia del danno che fonda la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi si correla alla sopra menzionata dimensione sostanzialistica di questi ultimi, per cui solo se dall’illegittimo esercizio della funzione pubblica sia derivata per il privato una lesione della sua sfera giuridica quest’ultimo può fondatamente domandare il risarcimento per equivalente monetario. Secondo un orientamento risalente dell’Adunanza plenaria, mai posto in discussione, il risarcimento è quindi escluso quando l’interesse legittimo riceva tutela idonea con l’accoglimento dell’azione di annullamento, ma quest’ultimo sia determinato da una illegittimità, solitamente di carattere formale, da cui non derivi un accertamento di fondatezza della pretesa del privato ma un vincolo per l’amministrazione a rideterminarsi, senza esaurimento della discrezionalità ad essa spettante (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 dicembre 2008, n. 13; 3.3 - 3.5).

Nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell’ingiustizia esige, dunque, la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza. L’ingiustizia del danno così declinata non è tuttavia il solo presupposto della responsabilità ex art. 2-*bis* l. n. 241 del 1990.

Quest’ultima disposizione va letta in combinato con l’art. 2 della medesima legge, che disciplina in termini generali la *“conclusione del procedimento”*. La disposizione richiamata prevede, tra le altre cose, uno strumento di cooperazione con il privato istante, finalizzato a superare l’inerzia dell’amministrazione, incentrato sul potere di avocazione dell’affare (commi 9-*bis* – 9-*quinquies*).

L’istituto ha un ruolo centrale nella fattispecie di responsabilità dell’amministrazione per danno da ritardo. La sua attivazione da parte del privato è infatti indice di serietà ed effettività dell’interesse legittimo di quest’ultimo al provvedimento espresso. All’opposto, in assenza di ulteriori iniziative del richiedente, potrebbe presumersi, salve diverse considerazioni che spieghino tale inerzia, che l’ulteriore decorso del tempo sia sostanzialmente indifferente per il privato, nell’ambito delle proprie autonome determinazioni. In tale prospettiva, il mancato utilizzo dello strumento può concorrere a costituire comportamento valutabile ai sensi dell’art. 30, comma 3, cod. proc. amm. al fine di escludere *“il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti”*

Allo strumento procedimentale ora esaminato si aggiungono quelli di ordine processuale, tra cui l’azione contro il silenzio (artt. 31 e 117 cod. proc. amm.) e quella di ottemperanza (art. 112 e ss. cod. proc. amm.), la cui proposizione di per sé evidenzia all’amministrazione che l’ulteriore ritardo nella conclusione del procedimento può comportare un pregiudizio economico.

Sul piano generale va in ogni caso precisato, in chiave nomofilattica, che la mancata sollecitazione del potere di avocazione previsto dall'art. 2, commi 9-*bis* e seguenti, l. n. 241 del 1990 – così come la mancata proposizione di ricorsi giurisdizionali – non ha rilievo come presupposto processuale dell'azione risarcitoria ex art. 2-*bis* della medesima legge, la quale, al pari dell'azione risarcitoria per illegittimità provvedimento, è ormai svincolata da ogni forma di pregiudiziale amministrativa.

La condotta attiva del privato può invece assumere rilievo come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, secondo periodo, cod. proc. amm., laddove si accerti che le condotte attive trascurate avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno (così la sentenza dell'Adunanza plenaria 23 marzo 2011, n. 3, da ultimo richiamata: 7.2.2). In altri termini, la mancata attivazione dei rimedi procedurali e processuali, al pari delle ragioni che sorreggano il mancato esperimento degli stessi, non è idonea in sé a precludere la pretesa risarcitoria, ma costituisce un elemento di valutazione che può concorrere, con altri, alla definizione della responsabilità.

Per questa e altre ragioni, l'Adunanza riconduce la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi al principio del *neminem laedere* (art. 2043 cod. civ.) e afferma che deve escludersi che, nella individuazione e quantificazione del danno, possa operare il limite rappresentato dalla sua prevedibilità.

Assume invece un ruolo centrale l'art. 1223 cod. civ., anch'esso richiamato dall'art. 2056 cod. civ., secondo cui il risarcimento del danno comprende la perdita subita dal creditore (danno emergente) e il mancato guadagno (lucro cessante) in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

L'Adunanza si occupa poi della questione rimessa dal Consiglio di giustizia amministrativa in sede nomofilattica, che attiene al rapporto di causalità giuridica tra evento lesivo e danno-conseguenza. La questione si sostanzia più precisamente nella possibilità di imputare alla Regione siciliana il mancato accesso al regime tariffario incentivante previsto per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, a causa del sopravvenuto divieto di cui all'art. 65 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Il dubbio del giudice rimettente sul punto si incentra in particolare sulla questione se la sopravvenienza normativa costituisca un fattore causale autonomo, in grado di interrompere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime incentivante, o - espresso in altri termini - di configurare il ritardo dell'amministrazione come mera occasione rispetto al pregiudizio patrimoniale lamentato dalla società ricorrente.

Sul punto l'Adunanza Plenaria ritiene che, con riferimento al periodo di tempo anteriore alla modifica normativa che ha soppresso gli incentivi, non sia revocabile in dubbio che sussista un rapporto di consequenzialità che consente di imputare al ritardo della Regione siciliana il pregiudizio patrimoniale subito dalla società ricorrente a causa del mancato accesso agli incentivi tariffari. La regolarità causale che lega i due eventi – ritardo dell'amministrazione

nel provvedere e perdita degli incentivi – non può infatti ritenersi recisa dalla sopravvenienza normativa, in quanto è stato proprio il ritardo la causa scatenante (e non la mera “occasione di pregiudizio”) a rendere la sopravvenienza rilevante, come fatto impeditivo per l’accesso agli incentivi tariffari altrimenti ottenibili.

L’imputabilità del danno all’amministrazione regionale è, quindi, coerente con le funzioni della responsabilità civile ulteriori rispetto a quella tipica di reintegrazione della sfera giuridica patrimoniale contro ingiuste lesioni causate da terzi e cioè: la funzione dissuasiva, di matrice soggettiva e di più antica concezione, che, in coerenza con il precetto fondamentale del *neminem laedere* e il fondamento etico e di convivenza civile del rimedio risarcitorio, milita nel senso di addossare all’autore di condotte colpose ingiustamente lesive di altrui interessi patrimoniali le relative conseguenze.

Nel caso di specie, l’applicazione del criterio della consequenzialità immediata e diretta enunciato dall’art. 1223 cod. civ. risulta, inoltre, coerente con gli obiettivi avuti di mira dal legislatore con la previsione di termini massimi ai sensi dell’art. 2, l. n. 241 del 1990, per cui, se è vero che, nella dinamica dei rapporti giuridici, la sopravvenienza normativa è in sé un *factum principis*, in grado pertanto di escludere l’imputazione soggettiva delle relative conseguenze pregiudizievoli, nondimeno l’ingiustificato ritardo nel rilascio del provvedimento ingenera – alle condizioni sopra delineate – una responsabilità in capo all’amministrazione coerente con la funzione del termine del procedimento, consistente nel definire un quadro certo relativo ai tempi in cui il potere pubblico deve essere esercitato e dunque è ragionevole per il privato prevedere che sia esercitato.

Nel settore della realizzazione degli impianti in questione, poi, a tali considerazioni di ordine generale si deve aggiungere che il regime incentivante connesso al ricorso a fonti rinnovabili di produzione energetica fa assurgere l’investimento privato a fattore chiave, destinato a ricevere tutela secondo le descritte norme di azione dei pubblici poteri, principalmente attraverso la definizione di tempi certi per il rilascio dei necessari titoli autorizzativi.

Il corollario processuale del quadro normativo così tracciato è che in un sistema di tutela giurisdizionale effettivo, contraddistinto dalla pluralità di rimedi a disposizione del privato contro l’inerzia dell’amministrazione, quest’ultima sottostà sul piano risarcitorio alla mancata realizzazione degli investimenti nel settore quando questi siano causati dal suo comportamento antiggiuridico. In coerenza con la funzione dissuasiva e di equa ripartizione dei rischi tipica del rimedio risarcitorio, e delle regole operative sulla delimitazione dei pregiudizi risarcibili, sopra esaminate, il mutamento normativo, espressivo di un mutato indirizzo legislativo rispetto all’intervento economico pubblico in funzione agevolativa degli investimenti privati, deve pertanto essere considerato un rischio imputabile all’amministrazione quando la sopravvenienza normativa non avrebbe avuto rilievo se i tempi del procedimento autorizzativo fossero stati rispettati.

Sulla base di questo ragionamento, sono formulati i principi di diritto sulle questioni deferite all’Adunanza plenaria dal Consiglio di giustizia amministrativa:

- la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento, sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. – da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento – i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.;
- con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza le disposizioni sui relativi benefici, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati;
- con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi;
- in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.



#### 4. All'Adunanza plenaria le proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative

Il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione relativa alle proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, esercitando il potere previsto dall'art. 99, comma 2, c.p.a., secondo cui "prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali".

La questione, di notevole impatto sistemico, afferisce al rapporto tra il diritto nazionale e il diritto unionale, con specifico riguardo al potere di disapplicazione delle norme interne, ritenute contrastanti con quelle sovranazionali, da parte del giudice amministrativo. Essa riveste, quindi, una particolare rilevanza economico-sociale, che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate e della giurisprudenza.

Il punto riguarda la doverosità o meno della disapplicazione, da parte dello Stato in tutte le sue articolazioni, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. Si tratta di una "una questione di massima di particolare importanza", ai sensi del comma 2 dell'art. 99 c.p.a.

Più nel dettaglio, vengono quindi rimesse all'Adunanza plenaria le questioni relative a:

- a) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali (art. 1, comma 683, l. n. 145 del 2018) o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista o meno l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;
- b) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990



e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio;

- c) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali “aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto” anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, l. 30 dicembre 2018, n. 145.

## 5. Cessione di ramo di azienda e assunzione dei debiti della ceduta maturati in qualunque momento antecedente al trasferimento

In caso di cessione di ramo d'azienda, ove la cedente sia in amministrazione straordinaria, la cessionaria, salva diversa convenzione tra le parti, non assume i debiti dell'azienda ceduta maturati in qualunque momento antecedente al trasferimento, nemmeno di natura tributaria.

### Il fatto

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha pronunciato una sentenza in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Prima, n. 2438 del 6 ottobre 2020.

Il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana ex *legibus* n. 116/2014 e n. 164/2014, con bando del 5 febbraio 2020, ha indetto una gara d'appalto mediante procedura aperta per l'affidamento del "progetto di manutenzione delle barriere frangiflutti esistenti – Litorale Tirrenico", importo € 3.000.000,00, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso. La stazione appaltante, con il decreto n. 829 del 13 maggio 2020, ha disposto l'aggiudicazione della gara in favore di una società (ribasso del 27,3633%), mentre al secondo posto in graduatoria si è collocata un'altra società (ribasso del 27,2913%). Il Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Prima Sezione, con la sentenza n. 2438 del 6 ottobre 2020, ha respinto il ricorso proposto dalla seconda graduata avverso gli esiti della gara.

La società giunta in seconda posizione ha presentato appello, articolato in un unico, complesso, motivo di impugnativa: *violazione e erronea applicazione dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., e comma 5, lett. c-bis ed f-bis, nonché dell'art. 2560 del codice civile e dell'art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 270 del 1999 e s.m.i.; violazione ed erronea applicazione dell'art. 6 della l. n. 241 del 1990 e s.m.i.; eccesso di potere, sotto il profilo del travisamento e erroneo apprezzamento dei fatti e del difetto di istruttoria; eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con il bando di gara ed il DGUE costituente parte integrante.*

Il legale rappresentante della società aggiudicataria, in sede di redazione del documento di gara unico europeo (DGUE), assumendo la responsabilità della dichiarazione ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, ha dichiarato di avere soddisfatto tutti gli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali. Con altra dichiarazione prescritta dal disciplinare di gara, ha dichiarato di non avere presentato nelle procedure di gara in corso documentazione o dichiarazioni non veritiere. A corredo della domanda di partecipazione, il legale rappresentante, inoltre, ha depositato un'altra dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, con cui ha indicato che in data 25 settembre 2019 i commissari straordinari di due società in liquidazione hanno sottoscritto con la società aggiudicataria contratto di cessione

di Rami Aziendali del gruppo in Amministrazione straordinaria”. Sarebbe stato violato l’art. 2560 c.c., secondo cui “l’alienante non è liberato dai debiti, inerenti all’esercizio dell’azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito”, vale a dire che, nel trasferimento di un’azienda commerciale, risponde dei debiti suddetti anche l’acquirente dell’azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori.

Con l’atto del 25 settembre 2019 sono stati trasferiti i rami aziendali della società posta in amministrazione straordinaria alla società aggiudicataria e l’altra società in amministrazione straordinaria, in tale data, aveva ingentissimi debiti per imposte, tasse, INPS, INAIL e Cassa Edile e, rispetto a tali debiti, la convenzione del 25 settembre non sarebbe idonea ad escludere la responsabilità della società aggiudicataria. Pertanto, sussisterebbe l’obbligo di esclusione ex art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 del cessionario dell’azienda per i debiti per imposte e tasse e previdenziali assunte dal cedente. L’art. 2560, comma 2, c.c., infatti, ha fissato la regola dell’inderogabilità pattizia (fra cedente e cessionario) della medesima responsabilità per i debiti del cedente rispetto ai terzi creditori, come l’Agenzia delle Entrate, l’INPS, l’INAIL, la Cassa Edile ed i fondi di previdenza complementare.

La norma di cui all’art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 270 del 1999, secondo cui, “salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento”, sarebbe interpretabile unicamente nel senso che l’esonero dalla responsabilità dell’acquirente riguarda i debiti scaturenti dall’esercizio dell’azienda svolto dall’Amministratore Straordinario anteriormente al trasferimento. La diversa convenzione, cui fa riferimento il medesimo comma 5, consentirebbe solo di aggiungere la responsabilità del cessionario per i debiti scaturenti dall’esercizio dell’azienda svolto dall’Amministratore straordinario, non essendo invece configurabile un’interpretazione secondo cui la norma rimetterebbe ad un atto di autonomia privata la scelta di derogare o meno l’ordinario regime della responsabilità scaturente dall’art. 2560, comma 2, c.c., atteso che l’interesse tutelato dalla norma codicistica è indisponibile da parte dell’alienante e dell’acquirente, mentre è disponibile da parte dei creditori.

Il presupposto e la funzione dell’amministrazione straordinaria regolata dal d.lgs. n. 270 del 1999 sarebbero opposti rispetto al fallimento, poiché l’amministrazione straordinaria viene ammessa solo nel caso in cui il Tribunale, accertato lo stato di insolvenza, ritenga possibile la riconversione del medesimo stato di insolvenza e, quindi, il ripristino dell’ordinaria attività. Sarebbero applicabili alla fattispecie, in ragione di plurimi profili, i principi secondo cui opera il divieto di interpretazione analogica in relazione alle norme speciali che disciplinano l’esercizio provvisorio e la liquidazione dell’azienda fallita nonché l’applicazione del principio secondo cui *ubi lex voluit dixit*.

In definitiva, sarebbe stato presente l’obbligo di rendere la dichiarazione di cui all’art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, a cui sarebbe dovuta conseguire l’esclusione dell’operatore economico dalla gara, atteso che il debito per imposte e tasse, per contributi previdenziali e assistenziali e per cassa edile della cedente è acquisito al patrimonio della cessionaria ex lege.

Sarebbe altresì erronea la sentenza impugnata, laddove afferma l'assenza di specificità della censura della falsa dichiarazione circa la posizione debitoria della società aggiudicataria. In particolare, quando la ricostruzione del fatto non è stata contestata dalle parti costituite, vigendo la preclusione di cui all'art. 64, comma 2, c.p.a., la stessa dovrebbe reputarsi idonea alla prova di quanto dedotto nel giudizio, con la conseguenza che la parte ricorrente sarebbe sollevata dall'onere di fornire ulteriori prove.

In via subordinata, la sentenza impugnata sarebbe erronea, in quanto la società ricorrente ha dato la prova del debito per imposte e tasse e contributi previdenziali e assistenziali facendo riferimento all'ultimo bilancio approvato che asseverava la relativa trascrizione nei libri sociali della cedente il ramo d'azienda.

L'appellante, quindi, ha riprodotto i motivi di ricorso di primo grado, concludendo per la condanna della stazione appaltante all'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente ed alla stipula o al subentro nel contratto di appalto ove *medio tempore* stipulato con la controinteressata, previa declaratoria della relativa inefficacia.

L'art. 80, comma 4, prima parte, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che: *“Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale”*.

L'appellante deduce che la società aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara ai sensi della richiamata norma di legge, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione disposta in suo favore, in quanto, in data 25 settembre 2019, ha sottoscritto un contratto di acquisto dei rami aziendali in amministrazione straordinaria, per cui sarebbero stati trasferiti alla cessionaria i debiti della cedente, con conseguente irregolarità della posizione dell'aggiudicataria in ragione della posizione debitoria della cedente nei confronti dell'Erario e degli Enti previdenziali e assicurativi.

In altri termini – posto che il legale rappresentante della società aggiudicataria ha dichiarato “di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alla gara previste dall'art. 80, comma 4, del Codice e specificatamente di non avere commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello

Stato in cui è stabilito” - la società ricorrente sostiene che l’aggiudicataria, in quanto cessionaria di rami d’azienda del gruppo in amministrazione straordinaria (il contratto di cessione è del 25 settembre 2019), risponderebbe dei debiti, ceduti, di quest’ultima ai sensi dell’art. 2560 c.c., mentre, della presenza di siffatti debiti non avrebbe dato conto con la documentazione resa in sede di gara e tale circostanza integrerebbe la violazione dell’art. 80, comma 4, d. lgs. n. 50 del 2016.

Con il contratto di cessione di rami aziendali dal gruppo in amministrazione straordinaria (offerte atomistiche), stipulato in data 25 settembre 2019 sono stati ceduti rami d’azienda inerenti lavori idraulici e lavori marittimi.

Con riferimento a tutti e tre i rami trasferiti, è stato pattuito, ai rispettivi punti 2.3., che *“ai sensi dell’art. 63, comma 5, d.lgs. n. 270/1999, è esclusa la responsabilità del cessionario per i debiti ... inclusi quelli di natura tributaria e lavoristica/previdenziale, relativi all’esercizio del complesso aziendale oggetto di cessione, anteriori al trasferimento, così come per ogni responsabilità riferibile a data anteriore al trasferimento”*. L’art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 270 del 1999, infatti, stabilisce che, salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento.

L’appellante sostiene che tale esonero di responsabilità afferisce esclusivamente ai debiti contratti prima del trasferimento, ma dopo l’ammissione della cedente alla procedura di ammissione straordinaria, e, quindi, rilevi per i soli debiti contratti prima del trasferimento dal Commissario straordinario. Diversamente, le parti appellate sostengono che l’esonero della responsabilità si riferisce a tutti i debiti contratti prima del trasferimento e, quindi, anche ai debiti contratti dall’impresa prima dell’ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria. La soluzione di tale questione costituisce il *thema decidendum* del giudizio e, pertanto, è dirimente per l’esito della controversia.

Infatti – pur volendo ritenere provata, ai sensi dell’art. 64, comma 2, c.p.a., secondo le circostanze fattuali fornite dall’appellante e non contraddette, che le cedenti versavano in una situazione di debito di imposta e di debito nei confronti degli enti previdenziali - è evidente che la corretta esegesi della fattispecie astratta di cui all’art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 270 del 1999 è decisiva, nel senso che se l’interpretazione fosse quella prospettata dall’appellante, l’aggiudicataria avrebbe effettivamente violato l’art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 ed avrebbe dovuto essere conseguentemente esclusa dalla gara, laddove, ove la norma fosse diversamente interpretata, nessuna violazione si sarebbe verificata, non versando la società aggiudicataria in una situazione debitoria definitivamente accertata, e l’appello dovrebbe essere inevitabilmente respinto.

### **La decisione**

Ha ricordato il C.g.a. che l’art. 63, comma 5, d.lgs. n. 270 del 1999 stabilisce che, salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento. L’art. 2560 c.c., rubricato *“debiti relativi all’azienda ceduta”*, dispone che *“l’alienante non è liberato dai debiti, inerenti*

*all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori".* Pertanto, secondo la disposizione civilistica, chi aliena l'azienda non è liberato dai debiti, ma ne risponde anche l'acquirente se si tratta di azienda commerciale e se essi risultano dai libri contabili obbligatori. In presenza di questi elementi, quindi, tra alienante ed acquirente si configura una responsabilità solidale verso i terzi per i debiti aziendali, tramite un accollo cumulativo *ex lege*.

Nella cessione di un'azienda commerciale disciplinata dal codice civile, quindi, la regola è costituita dalla responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i debiti pregressi, salvo l'eventuale consenso dei creditori alla liberazione dell'alienante. Ne consegue che il cessionario, in via solidale o, eventualmente, esclusiva, risponde sempre dei debiti dell'azienda ceduta maturati anteriormente al trasferimento. Un sistema diverso è stabilito per le procedure concorsuali, dove la regola è opposta, vale a dire che il cessionario dell'azienda o del ramo di azienda non è responsabile dei debiti anteriori al trasferimento, salva diversa convenzione.

In tal senso, l'art. 105, comma 4, del R.D. n. 267 del 1942 (legge fallimentare) dispone che, *"salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento"*. Analogamente, per quanto di maggiore interesse in questa sede, l'art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 270 del 1999, in caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, prevede che, *"salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento"*.

Il C.g.a. ha ritenuto di optare per un'interpretazione sistematica della disposizione che, come d'altra parte emerge dalla stessa lettera della legge, porta a comprendere nel perimetro di esclusione della responsabilità solidale del cessionario dell'azienda o del ramo d'azienda tutti i debiti maturati antecedentemente al trasferimento, non solo quelli venuti in essere durante la gestione commissariale. L'obiettivo della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, come emerge dall'art. 1, d.lgs. n. 270 del 1999, è la conservazione del patrimonio produttivo mediante la prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali, sicché essa si distingue dalle soluzioni liquidatorie delle altre procedure concorsuali (il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa) che non tengono in considerazione rilevanti interessi, privati e pubblici e la cui funzione è semplicemente quella di tutelare l'interesse dei creditori a soddisfarsi sul patrimonio dell'imprenditore insolvente.

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, quindi, è l'istituto previsto nell'ordinamento del diritto fallimentare che riguarda la grande impresa commerciale insolvente e la sua ratio riposa nell'esigenza di creare una procedura concorsuale idonea a conciliare interessi differenti, quali, da un lato, il soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore insolvente, dall'altro, il salvataggio del complesso produttivo e la

conservazione dei posti di lavoro. La finalità, in definitiva, è quella di evitare soluzioni liquidatorie che non tengano conto dei rilevanti interessi pubblici e privati, alla conservazione e al risanamento dell'impresa.

Di talché, è consequenziale ritenere che, al fine di tendere alla realizzazione degli obiettivi indicati, la vendita dell'azienda o del ramo d'azienda debba essere appetibile per i potenziali acquirenti, il che ha indotto il legislatore ad escludere la regola della solidarietà passiva per i debiti contratti anticipatamente al trasferimento. In altri termini, una tale responsabilità costituirebbe un elemento fortemente dissuasivo alla partecipazione di potenziali interessati all'acquisto dei complessi aziendali tramite vendita competitiva.

Inoltre, si creerebbe una incompatibilità tra la responsabilità dell'acquirente cessionario per i debiti aziendali risultanti dalle scritture contabili ed il principio della *par condicio creditorum*, in quanto si dovrebbe riconoscere all'acquirente dell'azienda un diritto di regresso verso la massa passiva o, finanche, uno sconto sul prezzo delle attività aziendali vendute, con conseguenze pregiudizievoli per l'intera massa e, in particolare, per i creditori il cui credito non risulti dalle scritture contabili.

La questione, invero, era stata in passato molto dibattuta con riferimento alla responsabilità solidale per i debiti tributari, atteso che l'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 472 del 1997 stabilisce che il cessionario è responsabile in solido, fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del cedente ed entro i limiti di valore dell'azione o del ramo d'azienda, per il pagamento dell'imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti, nonché per quelle già irrogate e contestate nel medesimo periodo anche se riferite a violazioni commesse in epoca anteriore. La solidarietà tributaria, quindi, attiene ai debiti per imposte e sanzioni che, in genere, restano in capo al cedente.

Pertanto, costituisce oggetto di discussione se tale norma, prevalga anche sulla norma prevista per le cessioni delle aziende in amministrazioni straordinaria la quale, come visto, all'art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 270 del 1999, esclude la responsabilità solidale del cessionario in caso di cessione di azienda (o di ramo di azienda). Il C.g.a., trattandosi di due norme qualificabili entrambe come "speciali" rispetto all'art. 2560, comma 2, c.c., ha ritenuto che, in base al criterio cronologico, debba avere comunque prevalenza la norma contenuta nell'art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 270 del 1999. La questione, in ogni caso, è stata risolta dall'art. 16, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 158 del 2015, che ha introdotto il comma 5-bis all'art. 14, d.lgs. n. 472 del 1997, stabilendo che, salva l'applicazione del comma 4 (casi di cessione attuata in frode ai crediti tributari), la disposizione sulla responsabilità in solido non trova applicazione quando la cessione avviene nell'ambito, tra l'altro, di una procedura concorsuale.

La deroga ha natura di norma interpretativa, per cui si applica anche agli atti posti in essere prima del 1° gennaio 2016, ovvero prima della sua entrata in vigore. Sul tema, alla conclusione della retroattività della norma di cui al comma 5-bis dell'art. 14, d.lgs. n. 472 del 1997, è pervenuta la stessa Agenzia delle Entrate con la risposta ad interpello n. 21 del 6



dicembre 2019. D'altra parte, come già evidenziato, esistono plurime ragioni che ostano all'applicazione della solidarietà nei confronti delle cessioni di azienda perfezionate nell'ambito delle procedure concorsuali.

La materia delle procedure concorsuali è governata dal principio di parità di trattamento, dall'accertamento unitario del passivo in forza di regole comuni, e dalla distribuzione dell'attivo nel rispetto del titolo di preferenza riconosciuto a ciascun creditore. In altri termini, le procedure concorsuali hanno elementi comuni, nel senso che sono procedure generali e collettive, coinvolgono tutto il patrimonio dell'impresa, non singoli beni, e devono assicurare la *par condicio creditorum*, ovvero la parità di trattamento di tutti i creditori, vale a dire che, come tutti i creditori hanno fatto affidamento sulla prosperità dell'impresa, tutti devono subire le conseguenze della crisi in modo paritario. I creditori assistiti da una garanzia, di fonte legale o negoziale, quindi, partecipano ai riparti secondo l'ordine gerarchico del rispettivo titolo di prelazione, ma possono agire per il residuo nei confronti del garante o del condebitore solidale, per cui si può concretamente prospettare un'alterazione dell'ordine gerarchico se un creditore di grado minore gode di un titolo ulteriore rispetto a quelli di grado superiore.

La sovrapposizione del titolo di preferenza con un beneficio di altra natura produrrebbe un'irrazionalità sul piano endoconcorsuale, ancorché derivante da una previsione legislativa, perché determinerebbe la distinzione tra crediti della stessa natura, di titolarità del medesimo creditore ed assistiti dallo stesso titolo di prelazione.

## 6. Aggiornamenti in tema di startup innovative: la sentenza del Consiglio di Stato (n. 2643 del 2021) e il Documento del Consiglio notarile di Milano (massima n. 197 del 27 aprile 2021)

Sul tema startup innovative è intervenuta dapprima la sentenza n. 2643 del 29 marzo 2021 del Consiglio di Stato, con la quale si è annullato il decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 17 febbraio 2016, che consentiva la costituzione di società a responsabilità limitata innovative per mezzo di atti redatti in forma elettronica e sottoscritti digitalmente, anche in assenza dell'autentica di sottoscrizione da parte del notaio. In un secondo momento, è intervenuto un Documento del Consiglio notarile di Milano sulla sanatoria della nullità dell'atto costitutivo di Srl (Massima n. 197 del 27 aprile 2021).

### **Il Consiglio di Stato sulle startup innovative: il quadro normativo**

L'art. 25 del d. l. 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) ha introdotto nell'ordinamento la società "start-up innovativa".

I commi 8 e seguenti disciplinano l'istituzione da parte delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di una "apposita sezione speciale del registro delle imprese" ex art. 2188 c.c., a cui la start-up innovativa dev'essere iscritta, dettando al contempo le modalità di iscrizione.

In particolare, il comma 9 sancisce che "la sussistenza dei requisiti per l'identificazione della start-up innovativa [...] è attestata mediante apposita autocertificazione prodotta dal legale rappresentante e depositata presso l'ufficio del registro delle imprese"; il comma 12 indica le modalità di iscrizione "automatica" alla sezione speciale; i commi 14 e 15 stabiliscono le modalità di aggiornamento dei dati e il comma 16 prevede, infine, che la start-up innovativa è cancellata "d'ufficio dalla sezione speciale del registro delle imprese di cui al presente articolo, permanendo l'iscrizione alla sezione ordinaria del registro delle imprese", entro 60 giorni dalla perdita dei requisiti di cui al co. 2.

Il d.l. 24 gennaio 2015 n. 3 ha delineato all'art. 4 la disciplina delle "piccole e medie imprese innovative" (PMI innovative, come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE). La legge di conversione 24 marzo 2015, n. 33, ha aggiunto all'art. 4 il co. 10-bis, che recita: "Al solo fine di favorire l'avvio di attività imprenditoriale e con l'obiettivo di garantire una più uniforme applicazione delle disposizioni in materia di start-up innovative [...], l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start-up innovative sono redatti per atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 24 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. L'atto costitutivo e le successive modificazioni sono redatti secondo un modello uniforme adottato con decreto del Ministro

dello sviluppo economico e sono trasmessi al competente ufficio del registro delle imprese di cui all'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e successive modificazioni”.

In attuazione di questa disposizione è stato adottato il DM 17/02/2016, recante “modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata startup innovative”, il quale ha previsto che:

- in deroga all'art. 2463 c.c. i contratti di s.r.l. per la costituzione di start-up innovative “sono redatti in forma elettronica e firmati digitalmente a norma..., in totale conformità allo standard allegato sotto la lettera A al presente decreto, redatto sulle base delle specifiche tecniche del modello, di cui all'art. 2, comma 1” (art. 1, co. 1);
- che l'atto costitutivo e lo statuto “sono redatti in modalità **esclusivamente** informatica...” (art. 1, co. 2), non essendo “richiesta alcuna autentica di sottoscrizione” (co. 5);
- che detto “documento informatico”, una volta “formato”, è presentato all'ufficio del registro delle imprese, “redatto sulla base delle specifiche tecniche del formato elettronico elaborabile del modello, contenente le relative istruzioni per l'iscrizione, emanate dal Ministero dello sviluppo economico, e pubblicate sul sito internet del Ministero medesimo” (art. 2, co. 1);
- che l'ufficio del registro, effettuate le verifiche ivi indicate (art. 2, co. 2), dispone l'“iscrizione provvisoria” della società nella sezione ordinaria del registro, con apposita annotazione, e, su istanza dell'interessata, l'iscrizione nella sezione speciale ex art. 25 d. l. n. 179/2012 (conseguibile soltanto dopo l'iscrizione provvisoria; artt. 2 e 3);
- che in caso di cancellazione dalla sezione speciale per motivi sopravvenuti, la società “mantiene l'iscrizione in sezione ordinaria, senza alcuna necessità di modificare o ripetere l'atto, fino ad eventuale modifica statutaria” (secondo le regole ordinarie di cui all'art. 2480 c.c.; art. 4).

## **Il fatto**

Con ricorso notificato in data 4 maggio 2016, il Consiglio Nazionale del Notariato ha chiesto l'annullamento del DM 17 febbraio 2016.

Con la sentenza del 2 ottobre 2017 n. 10004, il TAR Lazio ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, con la sola eccezione di parte del terzo motivo di impugnazione del ricorso introduttivo del giudizio in primo grado, con il quale si censurava la circostanza per la quale “nel caso di perdita delle condizioni per l'iscrizione nella sezione speciale l'art. 4 del DM contemplerebbe il transito della s.r.l. nella sezione ordinaria del registro in assenza di qualsiasi controllo (formale o sostanziale) sulla sussistenza delle condizioni e dei requisiti a tal fine necessari e dunque in violazione del procedimento costitutivo disciplinato dalla legge”.

## **La decisione**

Il Consiglio di Stato basa la sua pronuncia principalmente su **due ragioni giuridiche**.

In primo luogo, rileva che il potere esercitato dal Ministero attraverso il decreto impugnato non poteva avere alcuna portata innovativa dell'ordinamento, ovvero, nello specifico, non poteva incidere sulla tipologia degli atti necessari per la costituzione delle start up innovative, così come previsti dalla norma primaria.

Nel caso in esame, la fonte primaria, rappresentata dall'art. 4, comma 10-bis del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, si limita a rimettere ad un decreto la predisposizione del modello uniforme; quest'ultimo non poteva che interessare la sola modalità pratiche di redazione dell'atto costitutivo, continuando per il resto ad operare le regole tradizionali (la norma prevede testualmente che: "L'atto costitutivo e le successive modificazioni sono redatti secondo un modello uniforme adottato con decreto del Ministro dello sviluppo economico").

Da un altro punto di vista, il Consiglio di Stato evidenzia che il citato art. 4, comma 10-bis del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, contempla un'alternatività quanto alle modalità di costituzione: "l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start-up innovative sono redatti per atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 24 del codice dell'amministrazione digitale".

Il decreto impugnato – recante le "modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata startup innovative" – che non poteva che avere un connotato meramente esecutivo, non si limita ad approvare un modello standard di atto costitutivo/statuto, prevedendo invece, tra l'altro, che "l'atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, sono redatti in modalità **esclusivamente** informatica".

Quest'ultima disposizione, prevedendo quale unica possibilità di redazione dell'atto costitutivo e dello statuto quella "esclusivamente informatica", esclude – illegittimamente, in quanto in palese contrasto con la legge – l'altra delle due modalità alternative che il Legislatore aveva previsto per la costituzione della peculiare tipologia di società in discorso, vale a dire quella basata sulla redazione "per atto pubblico".

In secondo luogo, il Consiglio di Stato evidenzia che l'art. 2, comma 2, del DM impugnato prevede che l'ufficio del registro delle imprese fa una serie di verifiche.

Deve ricordarsi che, in base all'art. 11 della Direttiva 2009/101/CE "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" (è di analogo tenore l'art. 10 della successiva Direttiva 2017/1132/UE).

È dunque evidente – per il Consiglio di Stato – che, in base alla disposizione dell'Unione europea, l'atto costitutivo e lo statuto delle società e le loro modifiche possono non rivestire la forma dell'atto pubblico se la legislazione prevede, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario.

La dottrina è pressoché concorde nel riconoscere che al conservatore sia consentito un controllo meramente formale, tale dovendosi intendere quello che ha ad oggetto l'accertamento dei requisiti formali della domanda e, dunque, dell'autenticità della sottoscrizione del richiedente, della regolarità della compilazione del modello di domanda e dell'allegazione dei documenti dei quali la legge prescrive la presentazione.

Il controllo di regolarità dell'atto di cui viene chiesta l'iscrizione comprende peraltro altresì, nell'ambito della verifica del "concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione", di cui al secondo comma dell'art. 2189 cit., l'accertamento della corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge, espressamente indicato dal sesto comma dell'art. 11 del regolamento attuativo (d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581). Tale ulteriore controllo viene usualmente denominato controllo c.d. qualificatorio, in quanto il conservatore non deve limitarsi a ricevere l'atto e a verificare la regolarità e la completezza della domanda sotto il profilo formale, ma deve altresì procedere alla qualificazione dell'atto presentato per l'iscrizione, onde accertare se sia conforme al modello di atto previsto dalla legge per il quale è prescritta l'iscrizione.

Anche tale tipologia di controllo, seppur con diverse sfumature da parte dei commentatori, viene tendenzialmente ricondotto alla sola "formale verifica della corrispondenza tipologica dell'atto da iscrivere a quello previsto dalla legge". In questo senso si esprime la giurisprudenza maggioritaria del Giudice del Registro delle Imprese.

Il Consiglio di Stato conclude che l'atto amministrativo impugnato ha illegittimamente ampliato l'ambito dei controlli dell'Ufficio del Registro dell'impresa, senza un'adeguata copertura legislativa che autorizzasse tale innovazione. Di conseguenza, alla luce della natura del controllo effettuato dall'Ufficio del Registro nel nostro ordinamento, non appaiono infondati i dubbi dell'appellante circa la possibilità di ovviare alla modalità tradizionali di costituzione delle società, pena il concreto rischio di porsi in contrasto con la Direttiva citata.

Pertanto, nel complesso, i punti critici sono due: il primo riguarda la previsione del decreto ministeriale secondo cui "l'atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, sono redatti in modalità esclusivamente informatica". L'avverbio ("esclusivamente") esclude "illegittimamente, in quanto in palese contrasto con la legge – l'altra delle due modalità alternative" basata sulla redazione "per atto pubblico", prevista dal decreto del 2015.

Il secondo riguarda la normativa europea 2009/101 (articolo 11), la quale afferma 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". Se invece c'è un controllo preventivo, l'atto può non essere pubblico.

Qui interviene il **secondo aspetto di illegittimità del decreto del 2016**, che riguarda l'ampliamento nell'ambito "*dei controlli dell'Ufficio del Registro delle imprese, senza un'adeguata copertura legislativa che autorizzasse tale innovazione*". La Corte ha ricordato

le prerogative di “controllo meramente formale” dell’organismo istituito presso le varie camere (commercio, industria, artigianato e agricoltura), Insomma, il Registro delle imprese non può entrare nel merito in seconda battuta e la via informatica senza notaio non è praticabile.

### **Considerazioni**

La decisione del Consiglio di Stato determina una possibile emergenza normativa e regolamentare.

Infatti, sebbene la questione dell’atto pubblico/atto sottoscritto ex art. 24 C.A.D. possa essere risolta anche con una più chiara formulazione della disciplina regolamentare, cioè del D.M., il Consiglio di Stato ha affermato un principio che chiama in causa direttamente il legislatore, ossia quello per cui l’implementazione del modello semplificato ed alternativo alla costituzione per atto pubblico, di cui all’art. 4, co. 10-*bis* D.L. 3/2015, necessita di una revisione a monte della disciplina legislativa dei poteri e delle competenze degli Uffici del registro.

Anche se il giudizio ha avuto ad oggetto la fonte secondaria (il D.M.), il suo esito ha messo in luce le carenze della normativa primaria (il D.L. 3/2015). Il legislatore dovrebbe quindi, secondo le indicazioni del Consiglio di Stato, intervenire direttamente sulle attribuzioni degli Uffici del registro, conferendo ai medesimi poteri di controllo sostanziali e non meramente “esteriori” o formali (così soddisfacendo il requisito del “controllo” amministrativo o giudiziale richiesto dalle Direttive UE).

Per quanto riguarda la “serena operatività” delle startup fino ad oggi costituite in base al D.L. 3/2015 ed al D.M. 17.2.2016, appare difficilmente teorizzabile un travolgimento retroattivo degli atti costitutivi (e degli statuti). È anche vero, tuttavia, che il dubbio sollevato dal Consiglio di Stato circa la intrinseca conformità di tali atti rispetto alla disciplina delle Direttive europee è tale da poter determinare serie criticità operative. Il che potrebbe ad esempio spingere taluni operatori a convergere su un passaggio a “nuove costituzioni” prudenziali, con un inutile dispendio di risorse economiche.

Su tale aspetto sembra ancor più urgente un chiarificatore e “preventivo” intervento che metta al riparo tali operatori economici da incertezze e difficoltà operative, se non altro nella prospettiva del legittimo affidamento da essi riposto nella disciplina.

### **Il Documento del Consiglio notarile di Milano sulla sanatoria della nullità dell’atto costitutivo di Srl (Massima n. 197 del 27 aprile 2021)**

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2643 del 29 marzo 2021, ha annullato il decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 17 febbraio 2016, che consentiva la costituzione di società a responsabilità limitata innovative per mezzo di atti redatti in forma elettronica e sottoscritti digitalmente, anche in assenza dell’autentica di sottoscrizione da parte del notaio.

Di conseguenza, a seguito di questa decisione, per l'iscrizione alla sezione ordinaria del Registro Imprese di una startup innovativa è richiesto un atto pubblico notarile.

Come è noto, ai sensi dell'art. 2332 del codice civile, avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata per:

- mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico;
- illiceità dell'oggetto sociale;
- mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale della società.

Pertanto, la sentenza del Consiglio di Stato ha in sostanza sancito la nullità di queste società in quanto viziate dalla "mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico".

Tuttavia, occorre anzitutto rilevare che, ai sensi del medesimo articolo 2332 c.c., se la società è stata iscritta nel Registro delle imprese, essa è operativa finché non intervenga una sentenza che dichiari la sua nullità (co. 4). Anche in tal caso la società sarebbe comunque messa in stato di liquidazione, con la nomina dell'organo liquidatorio che ne assume la gestione.

Inoltre, la nullità non può essere dichiarata se viene eliminato il presupposto che l'ha causata e tale eliminazione viene iscritta nel Registro delle imprese (co. 5, cd. sanatoria).

In altri termini, tutte le clausole di nullità possono essere sanate anteriormente alla sentenza di nullità che di fatto determina lo scioglimento della società nominando i liquidatori.

Pertanto, se vengono approvate modifiche statutarie attinenti a quei vizi dell'atto costitutivo che danno luogo a nullità della società e quindi preordinate a eliminare il vizio, non solo la deliberazione assembleare è pienamente valida, ma vale anche come eliminazione della causa di nullità (i.e. come sanatoria), con la conseguenza che la società non può più essere sciolta in dipendenza del vizio di nullità dell'atto costitutivo.

Sulla situazione che si verifica a seguito dell'iscrizione nel Registro delle imprese di un atto costitutivo di società affetto da una causa di nullità è intervenuto il Consiglio notarile di Milano con la nuova massima n. 197 del 27 aprile 2021.

Nella massima n. 197 si ritiene, infatti, che le modificazioni statutarie deliberate da Spa o Srl iscritte nel registro delle imprese pur in presenza di una delle cause di nullità di cui all'art. 2332 c.c. siano legittime e omologabili, non essendovi in linea di principio, ragioni di incompatibilità delle modificazioni statutarie stesse con la sussistenza del vizio della nullità.

In particolare, la massima rileva preliminarmente che per le società iscritte nel Registro delle imprese:

- la pronuncia di nullità produce effetti analoghi a quelli derivanti dall'accertamento di una causa di scioglimento e apre quindi il procedimento di liquidazione;
- i soci non sono liberati dall'obbligo di conferimento, fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali, e la nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in

nome della società dopo l'iscrizione; la società, pertanto, deve reputarsi esistente a tutti gli effetti;

- le cause di nullità sono suscettibili di sanatoria, in quanto possono essere eliminate prima che intervenga la sentenza dichiarativa della nullità, purché “di tale eliminazione” sia “data pubblicità con iscrizione nel registro delle imprese”.

Da ciò secondo la massima ne deriva che l'atto costitutivo, anche se viziato da nullità, una volta iscritto nel registro delle imprese produce comunque i suoi effetti e dà vita alla società come soggetto di diritto dotato di personalità giuridica, integralmente sottoposto alla disciplina, a seconda dei casi, del tipo s.p.a o s.r.l.

Pertanto, si legge nella motivazione della massima “pare del tutto idonea, come ‘eliminazione della causa di nullità’ derivante dalla mancanza della forma dell'atto pubblico in sede di costituzione, la deliberazione con la quale l'assemblea straordinaria approva integralmente il testo vigente dello statuto, assoggettandolo così al controllo di legittimità del notaio chiamato a redigere il relativo verbale, per poi iscriverlo nel registro delle imprese. In simili circostanze è il caso di precisare che tale sanatoria mediante approvazione del testo vigente dello statuto:

- può ovviamente intervenire anche contestualmente a qualsiasi modificazione dello statuto sino a quel momento vigente, la cui validità peraltro prescinde dalla sanatoria stessa;
- non richiede il consenso unanime dei soci, essendo assoggettata alla regola maggioritaria al pari qualsiasi modificazione statutaria, a prescindere dalla sussistenza o meno di una causa di scioglimento o di nullità;
- non comporta, se assunta prima della sentenza che ai sensi dell'art. 2332, comma 4, c.c., dichiara la nullità e nomina liquidatori, la revoca dello stato di scioglimento ai sensi dell'art. 2487-ter c.c.”.

Diversamente, una volta intervenuta la sentenza di nullità (ex art. 2332, co. 4), le relative modificazioni statutarie dovranno essere assunte dagli organi preposti compatibilmente con lo stato di liquidazione in cui versa la società, e sono assoggettate alla disciplina codicistica per la revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-ter c.c.).

### **Gli effetti sulle startup innovative**

Le startup innovative, pertanto, possono sanare il vizio, per sottarsi a una sentenza dichiarativa di nullità che la ponga in stato di liquidazione, in alcuni modi.

In primo luogo, si può pensare a una ripetizione dell'atto costitutivo nullo nella forma di atto notarile.

In secondo luogo, la sanatoria si può conseguire mediante una deliberazione assembleare che confermi il testo dello statuto vigente. In tal caso, non è richiesto il consenso unanime



dei soci, essendo sufficiente una deliberazione adottata con il quorum occorrente per le modifiche allo statuto.

Nel caso in cui la deliberazione sanante intervenisse prima della sentenza che pronunci la nullità della società, non ci sarebbe la messa in stato di liquidazione.

Se, invece, tale deliberazione intervenisse durante la fase di liquidazione, si dovrebbe applicare la disciplina inerente alla revoca dello statuto di liquidazione (art. 2487-ter c.c.): così la deliberazione sanante potrebbe avere effetto dopo il decorso di sessanta giorni dalla data della sua iscrizione al Registro delle imprese, salvo che consti il consenso dei creditori della società o il pagamento dei creditori che non abbiano espresso il loro consenso. In caso di opposizione dei creditori, si aprirebbe un giudizio per verificare se la revoca dello stato di liquidazione provochi un pregiudizio ai creditori. Al tribunale, tuttavia, spetta la facoltà di disporre che la revoca della liquidazione abbia luogo nonostante l'opposizione.