

Anno 12 – Numero 10

14 maggio 2014

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- *Il contenzioso bancario*
- *La nuova legge societaria cinese*
- *La società in mano pubblica*

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

Hanno collaborato a questo numero

Sara Arduino, Marco Casavecchia, Jian He, Bianca M. Omegna, Luciano M. Quattrocchio

INDICE

	<i>Pag.</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>Il contenzioso bancario: un esempio classico di analisi matematica del diritto</i> di Luciano M. Quattrocchio, Bianca M. Omegna e Sara Arduino	7
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>L'utilizzo delle clausole generali nella disciplina delle società per azioni</i> di Oreste Cagnasso	59
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE	
<i>Le società in mano pubblica</i> di Marco Casavecchia	64
OSSERVATORIO INTERNAZIONALE	
<i>Registered Capital Reform in Company Law of the People's Republic of China</i> di Jian He	124
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	133
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	138

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Il contenzioso bancario: un esempio classico di analisi matematica del diritto

Il saggio propone un'applicazione dell'analisi matematica del diritto al caso del contenzioso bancario

Luciano Matteo Quattrocchio, Bianca M. Omegna e Sara Arduino

RELAZIONI A CONVEGNI

L'utilizzo delle clausole generali nella disciplina delle società per azioni

Viene illustrata la tecnica del ricorso alle clausole generali nella costruzione della disciplina della società per azioni con particolare attenzione ai sistemi caratterizzati dalla coesistenza tra principi generali e regole specifiche.

di Oreste Cagnasso

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

Le società in mano pubblica

L'Autore, prendendo spunto da un convegno tenutosi il 12 giugno 2013 presso l'Ordine dei commercialisti di Monza, riassume varie problematiche, teoriche e pratiche, connesse alle società in mano pubblica.

di Marco Casavecchia

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

Registered Capital Reform in Company Law of the People's Republic of China

It has been the fourth time after the first revision of the Company Law in China since 1999. In order to lower the market entrance threshold and to encourage the set-up of SMEs; China's legislature passed the proposal for amendment to the Company Law of the PRC on 28th, Dec, 2013. The recently revised provisions are primarily concerned with the reform of registered capital system, such as cancellation of the minimum capital requirement and shifting from actual capital contribution to authorized capital contribution. In general, there are twelve clauses revised in the new Company Law which will be put into force from 1st, March, 2014. Hence, it is worthwhile to assess the pros and cons that the new law may bring forth for whom are evaluating the investment opportunities in China.

di Jian He

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
STUDIES AND OPINIONS	
Bank litigation: a classic example of mathematical analysis of the law	7
<i>The paper proposes an application of mathematical analysis of the law to bank litigation.</i>	
by Luciano Matteo Quattrocchio, B.M. Omega – S. Arduino	
REPORTS ON CONFERENCES	
The use of general clauses in the company law	59
<i>The paper explains the technique of using general clauses for the construction of company law, focusing in particular on systems characterized by the coexistence between general principles and specific rules.</i>	
by Oreste Cagnasso	
PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES	
In-house companies	64
<i>The Author, inspired by a meeting held on June 12, 2013 at the Association of Accountants of Monza, makes a summary about the different problems, both theoretical and practical, related to in-house companies.</i>	
by Marco Casavecchia	
INTERNATIONAL OBSERVATORY	
Registered Capital Reform in Company Law of the People's Republic of China	124
<i>It has been the fourth time after the first revision of the Company Law in China since 1999. In order to lower the market entrance threshold and to encourage the set-up of SMEs; China's legislature passed the proposal for amendment to the Company Law of the PRC on 28th, Dec, 2013. The recently revised provisions are primarily concerned with the reform of registered capital system, such as cancellation of the minimum capital requirement and shifting from actual capital contribution to authorized capital contribution. In general, there are twelve clauses revised in the new Company Law which will be put into force on 1st, March, 2014. Hence, it is worthwhile to assess the pros and cons that the new law may bring forth for whom are evaluating the investment opportunities in China.</i>	
by JIAN HE	

IL CONTENZIOSO BANCARIO: UN ESEMPIO CLASSICO DI ANALISI MATEMATICA DEL DIRITTO

Il saggio propone un'applicazione dell'analisi matematica del diritto al caso del contenzioso bancario.

di **LUCIANO M. QUATTROCCHIO, BIANCA M. OMEGNA E SARA ARDUINO**

1. Premessa.

La matematica finanziaria è la branca della matematica applicata che si occupa di *operazioni economico-finanziarie*. Per *operazioni economico-finanziarie* si intendono tutte le operazioni economiche che hanno per oggetto l'impiego di uno o più capitali monetari o riconducibili ad una valutazione monetaria¹.

L'evoluzione dell'economia ne ha determinato – via via – l'affermazione: nel corso dei secoli si è giunti, infatti, ad un modello in cui la moneta riveste un ruolo centrale sia nella negoziazione di beni o servizi, sia nell'investimento finanziario.

L'economia reale e quella finanziaria hanno – a loro volta – ricevuto dalla matematica finanziaria un contributo essenziale, al punto che quest'ultima si può considerare oggi la branca della matematica che dispiega maggior impatto sugli affari, risultando – fra l'altro – la meno astratta.

Generalmente si presume che, quando si impiega un capitale, l'ammontare di questo non rimanga costante al passare del tempo: si presenta, pertanto, il problema di raffrontare tra loro capitali che si rendono disponibili a scadenze diverse.

Il tema centrale della matematica finanziaria risiede – dunque – nella valutazione di importi di denaro non immediatamente disponibili, in condizioni di certezza o in regime di incertezza; elementi essenziali della valutazione finanziaria sono quindi, non soltanto l'importo, ma anche le epoche in cui si manifestano le varie prestazioni monetarie.

Di seguito la definizione delle grandezze principali della matematica finanziaria, e cioè:

- △ C = Capitale investito;
- △ i = tasso di interesse;
- △ t = tempo d'impiego.

¹ Definizione tratta da *Wikipedia*, voce “*Matematica finanziaria*”.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

A partire dalle grandezze precedenti, si definisce “interesse (I) in un regime di capitalizzazione semplice” la seguente relazione:

$$I = C \cdot i \cdot t$$

Se si indica con M (Montante) la somma del Capitale investito e degli interessi prodotti, si ottiene:

$$M = C + I = C + (C \cdot i \cdot t) = C \cdot (1 + i \cdot t).$$

Si definisce “legge d’interesse composto” la funzione:

$$M = C \cdot (1 + i)^t$$

Da questa funzione si ricava la formula dell’interesse composto:

$$I = M - C = C \cdot (1 + i)^t - C = C \cdot [(1 + i)^t - 1]$$

La “legge d’interesse composto” deriva dalla capitalizzazione degli interessi: questi ultimi, infatti, vengono addebitati periodicamente e – sommati al capitale iniziale – concorrono alla formazione del capitale nel periodo successivo: in questo modo gli interessi producono, a loro volta, interessi.

Come si può facilmente notare, fatta eccezione per il periodo di capitalizzazione nell’interesse composto (per cui si veda *infra*), tutti i valori sono tra loro proporzionali e la ricerca delle formule inverse risulta essere particolarmente semplice.

Ad esempio, volendo calcolare, in regime di capitalizzazione semplice il tasso di interesse “i”, noti gli altri valori, si ottiene la seguente relazione:

$$I = C \cdot i \cdot t \Rightarrow i = I / (C \cdot t)$$

Si osserva inoltre che, sia per il regime di capitalizzazione semplice, sia per quello della capitalizzazione composta, il montante risulta essere proporzionale al capitale. Per cui, posto $C = 1$ si ottiene la seguente relazione:

$$M = M(i, t)$$

Fra i primi Autori che hanno dato un contributo essenziale alla matematica finanziaria, non si può dimenticare Leonardo Pisano – detto “Fibonacci” –, considerato il più grande matematico cristiano del Medioevo: egli è stato uno dei primi ad utilizzare

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

i procedimenti aritmetici, che gli Arabi avevano appreso (probabilmente) dagli Indiani². Fibonacci spinse i propri studi sino agli approdi più evoluti dell'aritmetica araba, pervenendo così alla stesura di un'opera innovativa – il *Liber Abaci* –, in cui sono presentate le “*novem figure*” degli indiani, il “*signum*” 0, le operazioni sugli interi e le frazioni, le prove per 7, 9, 11, 13, i criteri di divisibilità per 9, la ricerca del massimo comun divisore e del minimo comune multiplo, le regole di acquisto e di vendita, gli scambi monetari, le regole del tre semplice e del tre composto, ecc..

Nel suo “*Liber Abaci*”, Fibonacci attribuisce un peso importante alla matematica finanziaria, andando oltre alla mera determinazione delle relazioni dirette ed elaborando – fra l'altro – le formule risolutive delle seguenti grandezze inverse:

- △ tasso di interesse;
- △ tempo;
- △ capitale iniziale.

Oltre alla teorizzazione dei principi della matematica finanziaria, Fibonacci – nella sua opera – presenta una serie di problemi, fra cui – a titolo esemplificativo – si riporta il seguente: «*Quidam prestavit libras 100 ad usuras IIIJ denariorum per libram in mense supra quondam domum, ex qua recoligebat in uno quoque anno nomine pensionis libras 30; et in capite uniuscuiusque anni debebat discomputare ipsas libras 30 de capitali, et lucro dicetarum 100 librarurum. Queritur, quot annis, et mensibus, et diebus, et horis domum tenere debebat*»; la cui traduzione è: «*Un tale ha prestato 100 libbre all'interesse di 4 denari per libbra al mese sopra una certa casa, dalla quale ricavava, ogni anno, a titolo di affitto, 30 libbre; e all'inizio di ogni anno doveva detrarre quelle 30 libbre dal capitale e dall'interesse delle dette 100 libbre. Si chiede quanti anni, e mesi, e giorni ed ore doveva tenere la casa*»³.

2. La nozione di interesse e di tasso di interesse.

L'interesse è un valore assoluto e costituisce il “costo finanziario” del capitale. Esso è calcolato in funzione del capitale, del tasso di interesse e del periodo di maturazione.

Il tasso di interesse è una misura relativa e corrisponde all'incidenza dell'interesse – “costo finanziario” del capitale – sul capitale medesimo. Esso viene normalmente espresso in misura percentuale.

Si ponga peraltro attenzione alla circostanza che la locuzione “per cento” potrebbe indurre in un errore applicativo. Infatti, l'espressione 10% (dieci per cento)

² Per un'ampia ricostruzione storica dell'opera di Leonardo Fibonacci, si veda POSAMENTIER A.S., LEHMANN I., *I favolosi numeri di Fibonacci*, Roma, 2010.

³ La citazione è tratta da C. FABBRIZZI, *La matematica finanziaria*, Dispense del Corso di Storia della Matematica, al quale si rinvia anche per gli opportuni approfondimenti di carattere storico, p. 9.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

deve essere interpretata – dal punto di vista matematico – nel senso di 10/100 (dieci diviso cento), e cioè, della misura relativa di un interesse pari a 10 rapportato ad un capitale pari a 100; con l’ovvia conseguenza che 10% equivale a $10/100 = 0,10$.

La matematica finanziaria fornisce varie nozioni di tasso di interesse – quali, tra le altre, il “Tasso Annuo”, il “Tasso Periodico”, il “Tasso Effettivo”, il “Tasso Nominale”, il “Tasso Reale”, ecc. – con significati profondamente diversi.

Il “Tasso Annuo” è il tasso di interesse rapportato ad anno; esso può essere capitalizzato n volte all’anno, con n che può assumere valori da zero a $+\infty$ (tendente ad infinito)⁴. La capitalizzazione degli interessi n volte all’anno determina la “trasformazione” in capitale degli interessi maturati alla fine di ciascun periodo (ad esempio, il trimestre); con la conseguenza che, nel periodo successivo, gli interessi maturati nel periodo precedente – e oggetto di capitalizzazione – perdono la loro natura di interessi ed assumono quella di capitale. Nei rapporti di conto corrente bancario, la capitalizzazione degli interessi avviene trimestralmente ($n = 4$)⁵.

La capitalizzazione degli interessi è indicata, nel Codice Civile, con l’espressione “anatocismo”, dal greco “anà” – nel significato di “sopra” – e “tokòs” – nel significato di “prodotto” –; e cioè, “interesse prodotto sull’interesse”.

Il “Tasso Periodale” è il tasso di interesse rapportato ad un periodo infrannuale; esso è pari al “Tasso Annuale” diviso per il numero di periodi. Nei rapporti di conto corrente bancario, il “Tasso Periodale” è un “Tasso Trimestrale”; pertanto, esso è pari a: Tasso Annuale / 4. E così, se – ad esempio – il “Tasso Annuale” è pari al 10%, il “Tasso Periodale” è pari al $2,5\% = 10\%/4$.

Il “Tasso Effettivo” è il tasso di interesse annuo, equivalente al “Tasso Periodale” di periodo n , capitalizzato n volte all’anno. Il Tasso Effettivo è normalmente maggiore del Tasso Annuo, giacché risente dell’effetto di capitalizzazione degli interessi; il Tasso Effettivo coincide con il Tasso Annuo soltanto nel caso in cui $n =$ zero, ovvero $n = 1$, e cioè, nell’ipotesi in cui la capitalizzazione non intervenga nel corso dell’anno (assenza di capitalizzazione o capitalizzazione annuale).

A titolo esemplificativo, si consideri il caso seguente, in cui dati i (“Tasso Annuale”, pari al 10%) e n (periodicità della capitalizzazione), si voglia determinare il “Tasso Effettivo”; ne conseguirebbero i risultati di seguito riportati:

$n =$	periodicità	della
-------	-------------	-------

⁴ In tale ultimo caso si parla propriamente di capitalizzazione continua, nel senso che la capitalizzazione si produce ad ogni istante.

⁵ Come osservato da Trib. Torino 20 aprile 2012 (Est. Dott. Bruno CONCA), «... la liquidazione degli interessi viene fatta dalla banca trimestralmente e, quindi, gli interessi maturati nei trimestri concorrono alla determinazione del capitale di riferimento per il trimestre successivo».

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

	capitalizzazione
i = 10%	tasso annuo

	Tasso Effettivo
n = 1	10,00%
n = 2	10,25%
n = 4	10,38%
n = 12	10,47%
n tendente ad infinito	10,52%

Dalla tabella qui rappresentata, emerge come il “Tasso Effettivo” diverga dal “Tasso Annuale” all’aumentare della periodicità di capitalizzazione.

Da tale relazione, derivano le seguenti conseguenze:

- ▲ il “Tasso Effettivo” coincide con il “Tasso Annuale” soltanto in completa assenza di capitalizzazione nel corso dell’anno o nel caso di capitalizzazione alla fine dell’anno;
- ▲ il “Tasso Effettivo” costituisce l’unico tasso rappresentativo dell’onerosità del finanziamento in presenza di capitalizzazione infrannuale.

Al fine di apprezzare l’effetto della capitalizzazione in un intervallo di tempo ultrannuale, si riporta di seguito un esempio in cui – assunto in misura pari a 100 il capitale inizialmente investito – si determinano gli effetti della capitalizzazione infrannuale su un intervallo di tempo che si estende sino a 10 anni ($t = 1$, $t = 5$, $t = 10$).

CAPITALE	100,00
-----------------	--------

MONTANTE	t = 1	t = 5	t = 10
n = 0	110,00	150,00	200,00
n = 1	110,00	161,05	259,37
n = 2	110,25	162,89	265,33
n = 4	110,38	163,86	268,51
n = 12	110,47	164,53	270,70
n tendente ad infinito	110,52	164,87	271,83

Come è agevole rilevare, il montante (cioè il capitale comprensivo degli interessi) aumenta progressivamente al crescere sia della durata del finanziamento (t), sia della periodicità della capitalizzazione (n); ma con un risultato che, anche

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

nell'ipotesi di capitalizzazione continua (n tendente all'infinito), non è – per così dire – “esplosivo” (il montante passa da 200,00, in assenza di capitalizzazione, a 271,83, nell'ipotesi di capitalizzazione continua).

3. Segue. La nozione di tasso di interesse “reale”.

La matematica finanziaria opera, altresì, una distinzione fra tasso di interesse “nominale” e tasso di interesse “reale”.

Il tasso di interesse “reale” corrisponde al tasso di interesse “nominale”, depurato degli effetti dell'inflazione.

In termini matematici, tenuto conto dell'assioma fondamentale per cui le percentuali non si sommano né si sottraggono, dato n = tasso nominale ed f = tasso d'inflazione, il tasso reale (r) è dato dalla seguente formula

$$r = [(1 + n) / (1 + f)] - 1$$

e non invece, come è ampia consuetudine fare,

$$r = n - f$$

Il tasso di interesse “reale” non viene in considerazione nei rapporti di conto corrente bancario, ma può assumere rilevanza nella quantificazione – o meglio, nell'”attualizzazione” – del danno risarcibile.

Normalmente, l'”attualizzazione” del danno risarcibile viene operata mediante il riconoscimento dell'effetto composto della rivalutazione e degli interessi nella misura legale.

Il cumulo della rivalutazione e degli interessi legali persegue l'obiettivo di reintegrare il “danneggiato” nella stessa situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato se il danno non fosse mai stato prodotto, ove la rivalutazione costituisce una riespressione a valori attuali del capitale originario – cioè non “contaminato” dall'effetto inflattivo – e gli interessi legali rappresentano la compensazione del danno subito a causa del ritardo nella corresponsione del capitale originario.

Al proposito, occorre sottolineare come – da un punto di vista strettamente finanziario – il risultato che si ottiene per effetto del “cumulo” della rivalutazione monetaria e degli interessi legali conduce soltanto a un'approssimazione dell'interesse “reale” e cioè, di una grandezza compensativa depurata dagli effetti dell'inflazione.

Infatti, non è assolutamente detto che il tasso di interesse legale esprima un tasso di interesse reale e non risenta – in senso positivo o negativo – del tasso di inflazione.

Ma se la funzione degli interessi legali è quella di compensare il danno subito a causa del ritardo nella corresponsione del capitale originario, bisogna forse richiamare la Sentenza della Corte di Cassazione, nella quale – seppure nel contesto dei debiti di

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

valuta – si osserva che: «la più comune e prudente forma di investimento del denaro ha una redditività superiore al tasso dell'interesse legale, con la conseguenza che, per il debitore di un'obbligazione pecuniaria, in linea di massima continua a poter essere economicamente conveniente non adempiere tempestivamente, così lucrando la differenza tra quello che è agevolmente in grado di ricavare dal denaro non versato al creditore durante la mora debendi e quello che dovrà al creditore quando adempirà la propria obbligazione»⁶. Sulla base di tale premessa, la Suprema Corte esprime il principio secondo cui «nelle obbligazioni pecuniarie, in difetto di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224 c.c., comma 2 (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti) è in via generale riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento – dovendo ritenersi superata l'esigenza di inquadrare a tale fine il creditore in una delle categorie a suo tempo individuate – nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi dell'art. 1284 cod. civ., comma 1».

Ci si dovrebbe, pertanto, interrogare se – nelle controversie bancarie – possa essere in qualche modo “adattato” il principio espresso dalla Suprema Corte in ordine all'opportunità di sostituire il tasso di rendimento dei titoli di Stato al tasso di interesse legale, attesa la maggiore rappresentatività del primo. Peraltro, occorrerebbe – forse – operare la scelta del tasso di riferimento alla luce dell'intervallo di tempo intercorso fra la sottoscrizione del contratto e la domanda ripristinatoria, e cioè, adottare un tasso di interesse di breve termine o di medio termine a seconda dei casi; ciò sul riflesso che – come è noto – può essere significativamente diverso il tasso dei Buoni Ordinari del Tesoro (B.O.T.) rispetto a quello dei Buoni del Tesoro Poliennali (B.T.P.). La soluzione più semplice – tenuto conto dell'intervallo di tempo normalmente di medio termine – consisterebbe, peraltro, nell'adozione del c.d. “Rendistato”, indice calcolato dalla Banca d'Italia sulla base di un paniere composto da tutti i Buoni del Tesoro Poliennali (B.T.P.) quotati sul Mercato Obbligazionario Telematico (M.O.T.) e aventi vita residua superiore ad un anno.

Ma anche utilizzando un tasso di interesse maggiormente espressivo del rendimento ricavabile da un investimento alternativo, non si verrebbe ad un completo ristoro del danno subito dal correntista, giacché non si terrebbe conto del vantaggio – economicamente e finanziariamente corretto – ritraibile dal reinvestimento, di anno in anno, dei frutti di tale investimento alternativo. Occorrerebbe, quindi, maggiorare il risultato derivante dall'applicazione cumulata della rivalutazione e degli

⁶ Cass. SS.UU. 16 luglio 2008, n. 19499, in *Giur. It.*, 2009, 5, 1136, nota di VALORE.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

interessi compensativi attraverso la loro “capitalizzazione”, così da poter tenere conto della misura del danno “reale” cagionato al correntista.

D'altronde, la matematica finanziaria insegna che il conteggio degli interessi secondo il c.d. “regime dell’interesse semplice” – senza capitalizzazione – ha senso soltanto per periodi molto brevi e, in ogni caso, inferiori all’anno. Per periodi superiori, l’unico regime finanziario razionalmente applicabile è il c.d. “regime dell’interesse composto”, e cioè, con capitalizzazione (almeno) annuale.

Prendendo quindi le mosse dalla constatazione per cui il riconoscimento dell’interesse nella misura legale o sulla base del c.d. “Rendistato” o di altro parametro desunto dai mercati finanziari, in periodi superiori all’anno, si pone in contrasto con qualsiasi principio di razionalità, sia economica sia finanziaria, si potrebbe ritenere che la quantificazione del danno non possa prescindere dalla capitalizzazione (almeno) annuale.

In merito all’eventuale sussistenza di un eventuale danno non patrimoniale, vale la pena di richiamare quanto affermato dall’Arbitro Bancario Finanziario, in cui il ricorrente – nell’ambito di un contratto bancario – «*imputando alla banca inadeguata diligenza professionale ex art.1176, comma 2 c.c. – per non avere tempestivamente rilevato l’anomalia delle operazioni di prelievo eseguite sul suo conto – lamentava un danno non patrimoniale conseguente ad “ansia, turbamento, grave limitazione del diritto di autodeterminazione”*»⁷. Il Giudice adito si è pronunciato nei seguenti termini: «*A questo riguardo, è pertinente il richiamo alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 26972/2008*⁸ *che, offrendo un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art.2059 c.c., condiziona la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di un diritto della persona – nei casi in cui tale risarcibilità non sia prevista espressamente dalla norma – alla sussistenza di tre condizioni: a) che l’interesse leso abbia rilevanza costituzionale; b) che la lesione dell’interesse leso sia grave, nel senso che l’offesa superi una soglia di minima tollerabilità; c) che il danno non sia futile, ossia che non consista in meri disagi o fastidi. Nella fattispecie in esame, valutando le allegazioni fattuali che il ricorrente ha enumerato a corredo della domanda ripristinatoria, alla luce del principio giurisprudenziale innanzi richiamato, non vi è alcun dubbio che la pretesa ripristinatoria risulti infondata in quanto carente delle tre circostanze condizionanti la risarcibilità del danno non patrimoniale esistenziale».*

4. I parametri “ufficiali”.

⁷ Arbitro Bancario Finanziario, Decisione 26 marzo 2010, n. 169, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁸ La Sentenza è pubblicata sul sito: www.cortedicassazione.it.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

La normativa primaria e secondaria assume a riferimento parametri – quali il Tasso Annuo Nominale (c.d. T.A.N.), il Tasso Annuo Effettivo Globale (c.d. T.A.E.G.) e il Tasso Effettivo Globale (c.d. T.E.G.) – non sempre coincidenti con quelli formalizzati dalla matematica finanziaria.

Il Tasso Annuo Nominale (T.A.N.) corrisponde al “Tasso Annuo” (v. *supra*); esso, in presenza di capitalizzazione infrannuale, non fornisce un’informazione significativa del “costo del credito”. Al contrario, il “Tasso Effettivo” (*ibidem*) dà un’indicazione del “costo del credito” generato dalla sola componente finanziaria; in sintesi, esprime – per così dire – l’“onerosità finanziaria annua” del credito.

Tuttavia, come è noto, l’“onerosità complessiva annua” del credito risente anche delle componenti “non finanziarie” del “costo del credito”. La misura dell’“onerosità complessiva annua” del credito è correttamente espressa dal Tasso Annuo Effettivo Globale (T.A.E.G.)⁹. La formula di calcolo di tale grandezza è di seguito riportata:

⁹ Il TAEG, secondo l’art. 19 della Legge n. 142 del 1992 che lo ha introdotto nel nostro Ordinamento, è: «*il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso e comprensivo degli interessi e degli oneri da sostenere per utilizzarlo, calcolato conformemente alla formula matematica che figura nell’allegato II alla direttiva del Consiglio 90/88/CEE*».

Il Provvedimento della Banca d’Italia del 28 marzo 2013, in attuazione della Direttiva 2011/90/UE, all’Allegato 5B, ha poi stabilito che: «*L’equazione di base, da cui risulta il TAEG, esprime su base annua l’eguaglianza fra la somma dei valori attualizzati di tutti i prelievi e la somma dei valori attualizzati dei rimborsi e dei pagamenti delle spese*».

La formula riportata nell’Allegato 5B è la seguente:

$$\sum_{k=1}^m C_k \times (1+X)^{-t_k} = \sum_{l=1}^{m'} D_l \times (1+X)^{-d_l}$$

dove:

- ▲ X è il TAEG,
- ▲ m è il numero d’ordine dell’ultimo utilizzo,
- ▲ k è il numero d’ordine di un utilizzo, sicché $1 \leq k \leq m$,
- ▲ C_k è l’importo dell’utilizzo k,
- ▲ t_k è l’intervallo di tempo, espresso in anni e frazioni di anno, compreso tra la data del primo utilizzo e la data di ciascun utilizzo successivo, sicché $t_1 = 0$,
- ▲ m' è il numero dell’ultimo rimborso o pagamento di spese,
- ▲ l è il numero di un rimborso o pagamento di spese,
- ▲ D_l è l’importo di un rimborso o pagamento di spese,

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

$$\text{T.A.E.G.} = \frac{(\text{Interessi e Oneri}) \times 36.500}{\text{Numeri Debitori}}$$

La formula di calcolo del Tasso Effettivo Globale (T.E.G.) è di seguito riportata:

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{Numeri Debitori}} + \frac{\text{Oneri} \times 100}{\text{Accordato}}$$

Pare opportuno sottolineare il fatto che sia il T.A.E.G. sia il T.E.G. non sono tassi di interesse, poiché tengono conto anche della componente “non finanziaria” del “costo del credito”; pare, quindi, preferibile qualificare gli stessi in termini di “tassi di onerosità”.

La determinazione del Tasso Effettivo Globale Medio (T.E.G.M.) da parte del Ministero del Tesoro – ai sensi dell’art. 2, comma 1, Legge n. 108 del 1996 – prende le mosse dai Tassi Effettivi Globali (T.E.G.) comunicati dalle Banche sulla base delle Istruzioni della Banca d’Italia. Esso, come si avrà modo di specificare meglio nel prosieguo, assume rilevanza nella determinazione del c.d. “Tasso Soglia” usurario.

5. Il contratto di conto corrente bancario.

Con il contratto di conto corrente bancario, denominato anche conto corrente di corrispondenza, la banca fornisce al proprio cliente il servizio di cassa, ovvero assume il mandato di compiere per conto del correntista e in seguito a un suo ordine, pagamenti e riscossioni.

[▲] s_i è l’intervallo di tempo, espresso in anni e frazioni di anno, compreso tra la data del primo utilizzo e la data di ciascun rimborso o pagamento di spese.

Osservazioni:

- Le somme versate da entrambe le parti in vari momenti non sono necessariamente dello stesso importo, né sono versate necessariamente ad intervalli eguali.
- La data iniziale è quella del primo utilizzo.
- Gli intervalli di tempo intercorrenti tra le date utilizzate nei calcoli sono espressi in anni o frazioni di anno. Si assume che un anno sia composto da 365 giorni (366 giorni per gli anni bisestili), 52 settimane o 12 mesi di uguale durata, ciascuno dei quali costituito da 30,41666 giorni (vale a dire 365/12), a prescindere dal fatto che l’anno sia bisestile o meno.
- Il risultato del calcolo è espresso almeno fino alla prima cifra decimale. Se la cifra decimale seguente è superiore o uguale a 5, la cifra del primo decimale è aumentata di uno.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

La banca, quale mandataria del correntista, è tenuta a dare corso alle disposizioni di quest'ultimo; le operazioni di pagamento, ovvero di addebito di somme, presuppongono la presenza di fondi sul conto corrente, garantita dai versamenti periodici del correntista, oppure dalla disponibilità assicurata dalla banca.

Il conto corrente bancario costituisce il contratto base nei rapporti banca-cliente, punto di riferimento fondamentale per la regolamentazione dei rapporti contrattuali fra istituto di credito e cliente e, come è stato efficacemente affermato, “*spina dorsale*” del sistema creditizio.

Il conto corrente assume rilievo centrale nei rapporti fra banca e cliente in quanto in esso confluiscono le tre attività fondamentali svolte dalla banca: *i*) l'attività contrattuale di raccolta del risparmio; *ii*) l'erogazione del credito; *iii*) la prestazione di servizi (ad esempio, servizi di pagamento o riscossione di somme).

La raccolta del risparmio fra il pubblico avviene tramite i contratti di deposito di somme in conto corrente da parte dei singoli clienti (funzione c.d. “passiva”, stante l'obbligo della banca di restituire quanto ricevuto in deposito oltre interessi), mentre l'erogazione del credito avviene tramite aperture di credito in conto corrente, l'anticipazione bancaria e altre forme di concessioni di prestito regolate in conto corrente (funzione c.d. “attiva” in quanto comporta la nascita di un credito in capo alla banca per la restituzione delle somme erogate ai clienti, oltre agli interessi).

Il momento qualificante dell'attività svolta dalla banca deve essere specificamente colto nello svolgimento congiunto e collegato delle due funzioni della raccolta del risparmio e della concessione del credito; ciò in quanto la funzione di finanziamento è resa possibile dalla raccolta del risparmio.

Accanto alla tradizionale attività finora descritta, si considerano attinenti all'attività bancaria anche fattispecie alle quali è estranea la funzione di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, vale a dire i servizi collaterali o accessori al conto corrente come, a titolo di esempio, i pagamenti o gli incassi di somme nell'interesse del cliente mediante assegni, bonifici o carte di pagamento, la custodia e amministrazione di titoli di credito.

Manca sia una disciplina specifica sia una vera e propria definizione del contratto di conto corrente bancario. Tramite l'espressione “operazioni bancarie in conto corrente”, il legislatore ha inteso fare riferimento – per il conto corrente bancario – non tanto ad una figura contrattuale autonoma o ad un tipo contrattuale, quanto ad un contratto necessariamente accessorio ad altre operazioni poste in essere tra la banca e il proprio cliente (deposito e apertura di credito), oppure ad una clausola tipica accessoria al deposito, all'apertura di credito o ad altre operazioni, che stabilisce come le stesse devono essere regolate (appunto in conto corrente).

Peraltro sembra preferibile configurare il conto corrente bancario come contratto autonomo per due ragioni fondamentali. In *primis*, esso è previsto espressamente dal codice civile fra i contratti bancari (artt. 1852-1857 c.c.) e – sotto questo profilo – non

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

solo è un contratto autonomo, ma anche tipico. Inoltre, nella prassi bancaria il conto corrente bancario si è sempre più caratterizzato, non solo per la clausola di regolamento in conto corrente prevista dall'art.1852 c.c., in relazione al deposito o all'apertura di credito, ma anche per il servizio di cassa svolto a favore del cliente e a cui fa comunque riferimento l'art. 1856 c.c. (sulla "esecuzione di incarichi" da parte della banca).

Il contratto di conto corrente bancario può essere definito come il contratto in virtù del quale il cliente conferisce alla banca, dietro corrispettivo, una serie di incarichi di pagamento o di riscossione, con l'utilizzo di fondi presso di essa a tal fine costituiti dallo stesso cliente, con annotazione delle relative operazioni in un unico conto e con progressiva formazione di un saldo (attivo o passivo) per il correntista. Il contratto di conto corrente bancario si configura – quindi – come un contratto complesso.

Da un lato, nel conto corrente la banca si obbliga ad eseguire incarichi impartiti dal cliente, vale a dire a eseguire – su ordine del cliente-correntista e nel suo interesse – operazioni di pagamento o di riscossione di somme (c.d. svolgimento di servizio di cassa a favore del cliente); questo profilo rinvia al contratto di mandato, *ex art. 1703 c.c.* ricorrendo un'attività di gestione di affari altrui e il compimento di atti giuridici – pagamenti e incassi – nell'interesse e per conto del cliente.

Peraltro, l'esecuzione del servizio di cassa presuppone che il correntista abbia una disponibilità monetaria costituita presso la banca, necessaria all'esecuzione degli ordini (di pagamento) da lui impartiti, ossia l'esistenza di fondi di proprietà o comunque di pertinenza del correntista e di piena disponibilità da parte del cliente (c.d. provvista).

Tale disponibilità può derivare dal fatto che il cliente ha eseguito un preventivo deposito di denaro (divenendo creditore della banca alla restituzione di quella somma depositata, o meglio, di ciò che ne residua); ma può nascere anche da un rapporto in base al quale la stessa banca si è impegnata a finanziarlo, mettendo a sua disposizione i fondi necessari al funzionamento del meccanismo negoziale del mandato o servizio di cassa; in tal caso il cliente diviene debitore in relazione alla provvista, anche se in un certo senso e per un certo periodo ha la piena disponibilità della somma finanziata.

Il contratto costitutivo della provvista monetaria finalizzata all'esecuzione degli incarichi è dunque riconducibile, alternativamente, ma anche contemporaneamente, al deposito bancario oppure all'apertura di credito, allo scoperto di conto corrente per cortesia, all'anticipazione bancaria e alle altre forme di finanziamento. Si intende, poi, che la disponibilità inizialmente costituita può essere ulteriormente alimentata sia da versamenti del cliente (o da versamenti di terzi a suo favore), sia dalle varie operazioni attraverso le quali la banca concede credito.

Infine, il conto corrente bancario è caratterizzato da un particolare regolamento contabile (c.d. regolamento in conto corrente), in virtù del quale tutti i movimenti patrimoniali – conseguenti alle singole operazioni bancarie eseguite – vengono obbligatoriamente annotati in un prospetto (il conto, appunto), come "voci" o "poste" di

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

dare o di avere, cioè a debito o a credito del cliente nei confronti della banca, con la progressiva formazione di un saldo a credito (o a debito) del cliente e con la conseguente possibilità di determinare in ogni momento il saldo c.d. “differenziale”, passivo o attivo.

Ciò detto, il saldo del conto corrente di corrispondenza può presentare una posizione di credito (saldo attivo o saldo “Avere”) oppure una posizione di debito (saldo negativo o saldo “Dare”) del correntista.

Il correntista può disporre in qualsiasi momento del saldo di conto corrente risultante a suo credito, salvo il rispetto di un eventuale preavviso prescritto contrattualmente. Tale saldo viene portato a nuovo in seguito alla liquidazione del conto che avviene trimestralmente.

Nel conto corrente di corrispondenza si possono avere tre tipologie di saldo:

- ▲ le operazioni di accredito o di addebito di un determinato periodo di tempo – indipendentemente dalla valuta – determinano il cosiddetto saldo contabile;
- ▲ il saldo per valuta (o saldo liquido) è, invece, dato dalla somma algebrica di tutte le operazioni maturate, con esclusione di quelle con valuta posteriore rispetto alla data in cui viene determinato il saldo¹⁰;
- ▲ il saldo disponibile rappresenta invece l'importo di cui il correntista può liberamente disporre ad una determinata data, e si ottiene stornando dal saldo contabile le operazioni di accredito per le quali la banca deve ancora verificare l'esito (assegni bancari o circolari accreditati con riserva di verifica e salvo buon fine).

In occasione della liquidazione periodica, vengono calcolate le competenze; fra queste, accanto agli interessi e alle spese di gestione, il contratto di conto corrente può prevedere commissioni di varia natura (v. *infra*).

In ordine alla rilevanza dei giorni di valuta, la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare «*che la questione relativa ad antergazione e postergazione consentita dei giorni di valuta non è più attuale, quanto meno successivamente al D.lgs. Tremonti ter del 25.6.2009 (con effetto dal 1° novembre 2009), a mente del quale la data di valuta per il beneficiario per tutti i bonifici, gli assegni circolari e quelli bancari non può mai superare, rispettivamente, uno, due, tre giorni lavorativi successivi alla data del versamento. L'intervenuta normazione del fenomeno ha poi trovato ulteriore conforto nella successiva Direttiva Europea sui Servizi di Pagamento (c.d. PSD: Payment Services Directive) entrata in vigore il 1° marzo 2010 con d. lgs. 11/2010 (G.U. 36 del 13.2.2010). Già il fatto che la questione abbia formato oggetto di disciplina apposita,*

¹⁰ A titolo esemplificativo, l'accredito di un assegno in una certa data concorre alla determinazione del saldo contabile e non invece alla determinazione del saldo per valuta, giacché l'effetto contabile viene postergato – a seconda dei casi – sulla base, per l'appunto, di un certo numero di giorni valuta.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

senza alcuna abrogazione di precedenti norme, conduce a ritenere la questione, con riguardo al periodo pregresso, come praeter legem, non potendosi affermare di per sé l'illegittimità di qualsivoglia prassi bancaria in tal senso»¹¹.

6. Il contenuto dell'estratto-conto.

L'informativa inviata periodicamente dalla banca si compone di due documenti distinti: l'estratto-conto vero e proprio e il riassunto a scalare. Nel presente paragrafo si illustrerà, in dettaglio, il contenuto dell'estratto-conto, mentre nel paragrafo successivo si esaminerà il contenuto del riassunto a scalare.

L'estratto-conto è un documento contabile che, oltre a contenere l'indicazione delle generalità della banca e del correntista, riporta l'elencazione delle operazioni poste in essere nel periodo di tempo considerato (mese o trimestre) e l'indicazione della data nella quale le operazioni sono state poste in essere e della valuta attribuita dalla banca.

A titolo esemplificativo, un estratto-conto potrebbe – in due trimestri consecutivi – avere la forma di seguito rappresentata:

DATA CONTABILE	DATA VALUTA	DARE	AVERE	DESCRIZIONE
31/12/2007	31/12/2007		20.000,00	Saldo iniziale
4/1/2008	4/1/2008	120.000,00		Addebito assegno
12/1/2008	15/1/2008		40.000,00	Versamento assegno
25/1/2008	25/1/2008	70.000,00		Bonifico in uscita
2/2/2008	5/2/2008		50.000,00	Versamento assegno
16/2/2008	16/2/2008	150.000,00		Addebito assegno
27/2/2008	27/2/2008		30.000,00	Bonifico in entrata
3/3/2008	3/3/2008	80.000,00		Bonifico in uscita
7/3/2008	10/3/2008		40.000,00	Versamento assegno

¹¹ Trib. Torino 20 aprile 2012 (Est. Dott. Bruno CONCA).

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

12/3/2008	12/3/2008	70.000,00		Addebito assegno
21/3/2008	21/3/2008		20.000,00	Bonifico in entrata
31/3/2008	31/3/2008	4.621,30		Addebito competenze
		294.621,30		Saldo finale

DATA CONTABILE	DATA VALUTA	DARE	AVERE	DESCRIZIONE
31/3/2008	31/3/2008	294.621,30		Saldo iniziale
4/4/2008	4/4/2008	120.000,00		Addebito assegno
12/4/2008	15/4/2008		240.000,00	Versamento assegno
25/4/2008	25/4/2008	70.000,00		Bonifico in uscita
2/5/2008	5/5/2008		250.000,00	Versamento assegno
16/5/2008	16/5/2008	150.000,00		Addebito assegno
27/5/2008	27/5/2008		130.000,00	Bonifico in entrata
3/6/2008	3/6/2008	80.000,00		Bonifico in uscita
7/6/2008	10/6/2008		140.000,00	Versamento assegno
12/6/2008	12/6/2008	70.000,00		Addebito assegno
21/6/2008	21/6/2008		120.000,00	Bonifico in entrata
30/6/2008	30/6/2008	4.124,75		Addebito competenze
30/6/2008	30/6/2008		385.875,25	Saldo finale

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

Le informazioni in esso contenute hanno il seguente significato:

- △ Data Contabile: giorno in cui il correntista ha effettuato l'operazione;
- △ Data Valuta: data dalla quale decorrono gli interessi;
- △ Dare: movimento a debito per il correntista;
- △ Avere: movimento a credito per il correntista;
- △ Descrizione: descrive il tipo di operazione di accredito o di addebito.

Il "saldo iniziale" di un dato trimestre corrisponde al "saldo finale" del trimestre precedente, cui concorre l'addebito o l'accredito delle competenze, costituite dalla somma algebrica tra interessi attivi e passivi, commissioni e spese bancarie, che, a seconda delle circostanze, può assumere saldo "Dare" o "Avere".

7. Il contenuto del riassunto a scalare.

L'estratto-conto è corredato dal riassunto a scalare o "staffa". In tale documento i saldi in valuta delle singole operazioni sono ordinati cronologicamente e sugli stessi vengono calcolati, a seconda che il conto corrente presenti un saldo attivo o passivo, gli interessi debitori o creditori.

Il riassunto a scalare, che corrisponde all'esemplificazione riportata nel paragrafo precedente, è così strutturato:

VALUTA	SALDO PER VALUTA	GIORNI	NUMERI CREDITORI	NUMERI DEBITORI
1/1/2008	20.000,00	3	60.000,00	–
4/1/2008	–100.000,00	11	–	1.100.000,00
15/1/2008	–60.000,00	10	–	600.000,00
25/1/2008	–130.000,00	11	–	1.430.000,00
5/2/2008	–80.000,00	11	–	880.000,00
16/2/2008	–230.000,00	11	–	2.530.000,00
27/2/2008	–200.000,00	5	–	1.000.000,00
3/3/2008	–280.000,00	7	–	1.960.000,00
10/3/2008	–240.000,00	2	–	480.000,00
12/3/2008	–310.000,00	9	–	2.790.000,00
21/3/2008	–290.000,00	10	–	2.900.000,00
31/3/2008		–	–	–

VALUTA	SALDO PER VALUTA	GIORNI	NUMERI CREDITORI	NUMERI DEBITORI
1/4/2008	–294.621,30	3	–	883.863,90
4/4/2008	–414.621,30	11	–	4.560.834,32

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

15/4/2008	-174.621,30	10	-	1.746.213,01
25/4/2008	-244.621,30	10	-	2.446.213,01
5/5/2008	5.378,70	11	59.165,68	-
16/5/2008	-144.621,30	11	-	1.590.834,32
27/5/2008	-14.621,30	7	-	102.349,11
3/6/2008	-94.621,30	7	-	662.349,11
10/6/2008	45.378,70	2	90.757,40	-
12/6/2008	-24.621,30	9	-	221.591,71
21/6/2008	95.378,70	9	858.408,29	-
30/6/2008		-	-	-

Le informazioni in esso contenute hanno il seguente significato:

- ▲ Saldo per valuta: la colonna riporta le date di valuta delle operazioni;
- ▲ Giorni: numero di giorni in cui il saldo per valuta è rimasto invariato;
- ▲ Numeri debitori: si ottengono moltiplicando il saldo negativo per il numero di giorni in cui il saldo è rimasto invariato;
- ▲ Numeri creditori: si ottengono moltiplicando il saldo positivo per il numero dei giorni in cui il saldo è rimasto invariato.

8. Il calcolo degli interessi.

Il riepilogo di calcolo degli interessi attivi e passivi da parte della banca è contenuto nell'ultima parte del riassunto a scalare, in appositi prospetti che individuano per i numeri debitori e per i numeri creditori il tasso di interesse corrispondente, con relativa decorrenza.

Il calcolo degli interessi procede secondo il seguente iter:

- ▲ come illustrato nel paragrafo precedente, la banca individua i saldi per valuta e il numero dei giorni in cui tali saldi sono rimasti invariati;
- ▲ in seguito, ciascun saldo – negativo o positivo – viene moltiplicato per il numero dei giorni corrispondenti (come visto, i risultati di questo prodotto vengono comunemente denominati “numeri debitori” o “numeri creditori”);
- ▲ per ciascun numero creditore o debitore vengono determinati gli interessi attivi e passivi eseguendo il seguente calcolo:

$\text{numeri creditori (o debitori)} \cdot \text{tasso interesse} : 365$

Prendendo le mosse dagli estratti-conto sopra riportati, ne scaturiscono i seguenti risultati:

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

VALUTA	SALDO PER VALUTA	GIORNI	NUMERI CREDITORI	NUMERI DEBITORI	INTERESSI CREDITORI	INTERESSI DEBITORI
1/1/2008	20.000,00	3	60.000,00	–	1,64	–
4/1/2008	–100.000,00	11	–	1.100.000,00	–	241,10
15/1/2008	–60.000,00	10	–	600.000,00	–	131,51
25/1/2008	–130.000,00	11	–	1.430.000,00	–	313,42
5/2/2008	–80.000,00	11	–	880.000,00	–	192,88
16/2/2008	–230.000,00	11	–	2.530.000,00	–	590,68
27/2/2008	–200.000,00	5	–	1.000.000,00	–	219,18
3/3/2008	–280.000,00	7	–	1.960.000,00	–	490,96
10/3/2008	–240.000,00	2	–	480.000,00	–	113,97
12/3/2008	–310.000,00	9	–	2.790.000,00	–	720,00
21/3/2008	–290.000,00	10	–	2.900.000,00	–	734,25
31/3/2008		–	–	–	1,64	3.747,95

Plafond di affidamento	200.000,00
Tasso di interesse creditore	1,00%
Tasso di interesse debitore intra-fido	8,00%
Tasso di interesse debitore extra-fido	12,00%
Interessi creditori maturati	1,64
Interessi debitori maturati	3.747,95
Tasso C.M.S.	0,25%
Massimo scoperto	310.000,00
Commissione di massimo scoperto	775,00
Spese	100,00
Saldo competenze debitorie	–4.621,30

VALUTA	SALDO PER VALUTA	GIORNI	NUMERI CREDITORI	NUMERI DEBITORI	INTERESSI CREDITORI	INTERESSI DEBITORI
1/4/2008	–294.621,30	3	–	883.863,90	–	224,83
4/4/2008	–414.621,30	11	–	4.560.834,32	–	1.258,36
15/4/2008	–174.621,30	10	–	1.746.213,01	–	382,73
25/4/2008	–244.621,30	10	–	2.446.213,01	–	585,06
5/5/2008	5.378,70	11	59.165,68	–	1,62	–
16/5/2008	–144.621,30	11	–	1.590.834,32	–	348,68
27/5/2008	–14.621,30	7	–	102.349,11	–	22,43
3/6/2008	–94.621,30	7	–	662.349,11	–	145,17

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

10/6/2008	45.378,70	2	90.757,40	–	2,49	–
12/6/2008	–24.621,30	9	–	221.591,71	–	48,57
21/6/2008	95.378,70	9	858.408,29	–	23,52	–
30/6/2008		–	–	–	27,63	3.015,83

Plafond di affidamento	200.000,00
Tasso di interesse creditore	1,00%
Tasso di interesse debitore intra-fido	8,00%
Tasso di interesse debitore extra-fido	12,00%
Interessi creditori maturati	27,63
Interessi debitori maturati	3.015,83
Tasso C.M.S.	0,25%
Massimo scoperto	414.621,30
Commissione di massimo scoperto	1.036,55
Spese	100,00
Saldo competenze debitorie	–4.124,75

Le modalità di calcolo sono di seguito illustrate:

- ▲ interessi creditori: il numero creditore (relativo ad una data di valuta) deve essere moltiplicato per il tasso di interesse creditore (1,00% in questo caso); il prodotto viene poi diviso per 365;
- ▲ per gli interessi debitori, il ragionamento è più complesso:
 - nel caso in cui il saldo per valuta sia nei limiti del *plafond* di affidamento, gli interessi debitori sono ottenuti dal prodotto fra i numeri debitori e il tasso di interesse intra-fido (8,00% in questo caso); il prodotto viene poi diviso per 365;
 - nel caso in cui il saldo per valuta (corrispondente ad una determinata data di valuta) sia superiore al *plafond* di affidamento, gli interessi debitori sono ottenuti dal prodotto fra i numeri debitori e il tasso di interesse intra-fido (8,00% in questo caso), diviso 365, nei limiti dell'affidamento (euro 200.000,00); oltre il risultato del prodotto fra i numeri debitori e il tasso di interesse extra-fido (12,00% in questo caso), diviso 365, ove sia superato il limite dell'affidamento (euro 200.000,00)

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

9. La “serie continua” di estratti-conto e di riassunti a scalare.

Nell’ambito delle consulenze giudiziarie, capita spesso che la documentazione contabile prodotta agli atti sia parziale o incompleta, con conseguenze diverse a seconda che la carenza riguardi il periodo iniziale del rapporto ovvero un periodo intermedio.

Nel caso in cui sia parziale o incompleta la documentazione contabile relativa al periodo iniziale del rapporto, occorre distinguere due ipotesi:

- ▲ se manca qualsiasi giustificazione del saldo iniziale (passivo), ed il correntista ha eccepito tempestivamente la mancata dimostrazione dello stesso, il saldo iniziale deve essere assunto in misura pari a zero;
- ▲ se, invece, la circostanza non è stata eccepita tempestivamente dal correntista, il saldo iniziale può essere assunto in misura pari alla somma risultante dal primo estratto-conto o conto a scalare presente agli atti del giudizio.

Del pari, nel caso in cui sia parziale o incompleta la documentazione contabile relativa a trimestri intermedi, occorre distinguere due ipotesi:

- ▲ se tale circostanza è stata eccepita tempestivamente dalla banca, occorre – almeno secondo una certa opinione – effettuare i calcoli partendo dal trimestre a partire dal quale esiste idonea documentazione;
- ▲ se, invece, la circostanza non è stata eccepita tempestivamente dalla banca, si può rimediare:
 - procedendo ad una interpolazione lineare dei numeri debitori e dei numeri creditori per i trimestri per i quali la documentazione contabile risulta parziale o incompleta;
 - ovvero assumendo, come riferimento contabile ai fini delle operazioni di ricalcolo, il saldo iniziale del primo estratto conto successivo (fermi le poste in addebito già stornate sui saldi precedenti e il montante progressivo degli interessi già annotati)¹².

A titolo esemplificativo, si riporta un foglio di calcolo nel quale viene assunta la media tra i dati relativi al trimestre immediatamente precedente e a quello immediatamente successivo al trimestre per il quale manca la documentazione contabile.

TRIMESTRE	NUMERI DEBITORI	TASSO DI INTERESSE DEBITORE	INTERESSI DEBITORI
IV TRIMESTRE 1998	3.981,51	9,75%	1.063,55

¹² La soluzione da ultimo menzionata è proposta dal Dott. Enrico ASTUNI, Giudice presso il Tribunale di Torino.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

	7.709.273	9,75%	2.059.325
I TRIMESTRE 1999	2.667,28	9,75%	712,49
II TRIMESTRE 1999	1.353,04	9,75%	361,43
	2.619.857	9,75%	699.824

La procedura di interpolazione può essere sintetizzata nel seguente modo:

- ▲ i numeri debitori del I trimestre 1999 sono stati calcolati come media aritmetica semplice dei numeri debitori del IV trimestre 1998 e del II trimestre 1999;
- ▲ il tasso di interesse debitore del I trimestre 1999 è stato calcolato come media aritmetica ponderata dei tassi di interesse del IV trimestre 2008 e del II trimestre 2009, con pesi rappresentati dai numeri debitori del trimestre immediatamente precedente e di quello immediatamente successivo;
- ▲ gli interessi debitori del I trimestre 1999 sono stati calcolati applicando il tasso di interesse debitore ai numeri debitori così ottenuti.

10. La pattuizione scritta delle competenze.

La normativa sulla trasparenza richiede che il contratto di conto corrente indichi il tasso d'interesse ed ogni altro prezzo e condizione praticati, ivi compresi – per i contratti di credito – gli oneri in caso di mora (art. 117, comma 4, T.U.B.); mentre vieta l'inserimento di clausole di rinvio agli usi (che sono nulle e si considerano come non apposte) per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione, nonché di clausole che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati (art. 117, comma 6, T.U.B.).

Il divieto di determinazione degli interessi mediante rinvio agli usi, se ha definitivamente sancito la nullità delle c.d. clausole “uso piazza”, non ha comunque escluso la legittimità del richiamo *per relationem* a fonti extracontrattuali diverse dagli usi, sicché sono ancor oggi da considerare pienamente valide le clausole di determinazione degli interessi mediante il riferimento a parametri esterni al contratto, purché certi e predeterminati (ad esempio, il tasso *euribor*).

L'art. 117, comma 7, T.U.B., prevede inoltre che, sia nel caso di violazione delle regole sul contenuto del contratto, sia nelle ipotesi di nullità di clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi d'interesse, si applichino (analogamente a quanto disposto dall'art. 1419, comma 2, c.c.): a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.

La Banca può – inoltre – operare modifiche successive, a condizione che si sia riservata il diritto di variare unilateralmente le condizioni contrattuali (il c.d. *ius variandi*).

A titolo esemplificativo, si riportano di seguito le condizioni riscontrabili in un caso concreto:

- ▲ tasso creditore: tasso annuo nominale del 0,012% con capitalizzazione trimestrale, corrispondente allo 0,012% rapportato su base annua;
- ▲ tasso debitore: per scoperto di conto corrente non affidato al tasso annuo nominale del 13,400%, con capitalizzazione trimestrale, corrispondente al 14,088% rapportato su base annua, oltre ad una commissione trimestrale di massimo scoperto pari ad Euro 0,750%, fermo comunque restando che il tasso effettivo applicato non potrà in nessun caso superare quello determinato ai sensi dell'art. 2, comma 4, Legge n. 108 del 1996;
- ▲ capitalizzazione: trimestrale sia per gli interessi creditori, sia per gli interessi debitori;
- ▲ calcolo interessi: con riferimento all'anno civile;
- ▲ *carnet* assegni: gratuito
- ▲ spese previste contrattualmente:
 - spese di chiusura conto: non presenti;
 - spese per singola scrittura: 1,42 Euro con un minimo di 7,75 Euro trimestrali;
 - spese di liquidazione trimestrale del conto in presenza di soli interessi creditori: 4,52 Euro trimestrali;
 - spese di liquidazione trimestrale del conto in presenza di soli interessi debitori su conti non affidati: 18,08 Euro;
 - spese per spedizione periodica di lettera contabile: 0,50 euro per invio;
 - spese per spedizione estratto conto: 1,55 euro per invio;
- ▲ valute su versamenti e termini di riaddebito:

	<i>Valute su versamenti</i>	<i>Termini di riaddebito</i>
<i>Contante</i>	<i>giorno dell'operazione</i>	<i>giorno dell'operazione</i>
<i>Assegni circolari emessi dalla Banca</i>	<i>giorno dell'operazione</i>	<i>7 giorni lavorativi</i>

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

<i>Assegni bancari tratti sullo stesso sportello accreditante</i>	<i>giorno dell'operazione</i>	<i>18 giorni lavorativi</i>
<i>Assegni bancari tratti su altri sportelli della Banca</i>	<i>1 giorno lavorativo</i>	<i>18 giorni lavorativi</i>
<i>Assegni bancari tratti su altre Banche</i>	<i>5 giorni lavorativi</i>	<i>18 giorni lavorativi</i>
<i>Assegni circolari emessi da altre Banche</i>	<i>5 giorni lavorativi</i>	<i>15 giorni lavorativi</i>
<i>Assegni esteri</i>	<i>20 giorni lavorativi</i>	<i>90 giorni lavorativi</i>

- ▲ valute su prelevamenti:
 - di contante: giorno dell'operazione;
 - mediante assegni bancari: data di emissione dell'assegno;
 - mediante carta Bancomat: data del giorno di prelievo. Se quest'ultimo è effettuato su apparecchiature di altre banche, giorno dell'operazione.
- ▲ oneri tributari:
 - ritenuta fiscale sugli interessi 27%;
 - imposta di bollo annuale: privati 25,56 euro; imprese 55,78 euro (addebito trimestrale pro-quota con valuta fine trimestre solare).
- ▲ la banca si riserva la facoltà di modificare le condizioni economiche applicate al contratto, nel rispetto delle norme vigenti.

Come già si è detto, nel caso in cui non siano state previste contrattualmente le condizioni come sopra esemplificate – ovvero le condizioni medesime non constino agli atti del giudizio – occorre procedere all'azzeramento delle stesse, in ossequio al disposto dell'art. 117, comma 7, lett. b), T.U.B., a norma del quale «*In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) [...]; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto*».

11. La commissione di massimo scoperto.

Sino al 2009 (v. *infra*), gli oneri addebitati al correntista in caso di posizione a debito erano integrati dalla c.d. commissione di massimo scoperto, calcolata secondo modalità differenti a seconda dei casi: commissione sull'accordato, commissione sull'accordato al netto dell'utilizzato, commissione sull'ammontare massimo

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

dell'utilizzato nel periodo, commissione sulla media dell'utilizzato nel trimestre, commissione sullo sconfinamento.

Sul piano teorico, pare opportuno sottolineare come la commissione di massimo scoperto abbia natura di interesse (aggiuntivo) – ovviamente in senso tecnico – soltanto nel caso in cui sia calcolata in funzione del massimo scoperto – e cioè dell'affidamento accordato, effettivamente utilizzato – e dei giorni di effettivo utilizzo; infatti, soltanto in tale ipotesi essa è funzione del capitale, del tasso e del periodo di riferimento. In tutti gli altri casi, come ad esempio nell'ipotesi in cui essa sia calcolata in funzione dell'affidamento accordato, assume natura non di interesse, ma di onere aggiuntivo del finanziamento, prescindendo dal “tempo di utilizzo”.

La commissione di massimo scoperto, al pari degli altri oneri, deve essere prevista contrattualmente, pena l'applicazione del già menzionato art. 117, comma 7, lett. b), T.U.B..

In ordine alla legittimità della stessa, la giurisprudenza ha osservato che «*Sono note le contestazioni mosse alla “commissione massimo scoperto” da un ben rappresentato filone giurisprudenziale. Va inoltre osservato che la clausola viene variamente declinata e pattuita nella prassi bancaria, in ogni caso venendo a rappresentare un costo della liquidità disponibile (...). Resta la questione della nullità per carenza di causa. Non si sconosce il fatto che parte della giurisprudenza (fra le altre, cfr. anche App. Torino, n. 1948/2007, peraltro superata da App. Torino, n. 1076/2011, cit.) abbia accolto siffatta prospettazione, argomentando che se la commissione in esame assolve alla funzione di remunerare l'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un dato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, quanto pagato a tale titolo sarebbe comunque privo di giustificazione causale. Tale proposizione non pare del tutto condivisibile, specie per il fatto di presupporre una valutazione frazionata – clausola per clausola – dell'assetto sinallagmatico del contratto. E' evidente che la singola clausola di un rapporto articolato, avulsa dal contesto complessivo, può non trovare ex se idoneo sostegno causale; la causa, tuttavia, vuoi quale funzione economico-sociale del contratto, vuoi – secondo un più moderno approccio – quale funzione economico-individuale dell'operazione, non può non essere declinata che in relazione al negozio nel suo complesso, quando non, addirittura, al collegamento funzionale di più contratti. In tale prospettiva anche la c.m.s. acquisisce una valenza causale, quale componente complessiva del costo del finanziamento, sub specie dell'intensità di utilizzo della provvista disponibile. Se ciò, poi, conduca, di fatto, ad un costo eccessivo del finanziamento e, in generale, del servizio creditizio, non è questione rilevante in termini squisitamente civilistici, quale vizio invalidante del negozio, ciò attenendo all'equilibrio economico delle prestazioni»¹³.*

¹³ Trib. Torino 20 aprile 2012 (Est. Dott. Bruno CONCA).

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

La commissione di massimo scoperto, nell'ambito del contenzioso bancario, presenta profili di significativa rilevanza sia teorica sia pratica nella verifica del superamento del tasso soglia usurario, tenuto conto dell'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine alla necessità di ricomprendere la stessa nella formula di calcolo del T.E.G. (v. *supra*).

Ove si ritenga che la commissione di massimo scoperto debba essere ricompresa nel calcolo del T.E.G., vi sono tre possibili modalità di calcolo:

- ▲ inclusione della commissione di massimo scoperto a numeratore del primo addendo della formula del T.E.G.: la commissione di massimo scoperto viene assimilata, in tal caso, all'"interesse";
- ▲ inclusione della commissione di massimo scoperto a numeratore del secondo addendo della formula del T.E.G.: la commissione di massimo scoperto assume, in tal caso, natura di "onere";
- ▲ utilizzo dell'algoritmo di calcolo indicato dalla Banca d'Italia, per la verifica del superamento del tasso soglia senza ricomprendere la commissione di massimo scoperto nel T.E.G., ma considerandola separatamente attraverso il c.d. "regime del margine".

Al proposito, pare opportuno sottolineare che le prime due modalità di calcolo non sono finanziariamente corrette, tenuto conto del fatto che il T.E.G.M. – che costituisce la base di raffronto per la verifica del superamento del tasso soglia – viene calcolato prescindendo dalla commissione di massimo scoperto.

Il "regime del margine" è illustrato dalla Banca d'Italia nei seguenti termini (Nota del 2 dicembre 2005):

«Le "istruzioni per la rilevazione" prevedono (al punto C3) che – per le operazioni di apertura di credito in conto corrente, di finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e di factoring – il tasso effettivo globale (TEG) si ottiene sommando gli interessi, rapportati ai saldi liquidi con gli oneri, calcolati in percentuale sull'accordato.

In base al successivo punto C5 la commissione di massimo scoperto (infra CMS) non rientra nel calcolo del TEG ed è rilevata separatamente; la misura media rilevata, espressa in termini percentuali, è riportata in calce nelle tabelle dei tassi.

La scelta è coerente con la circostanza che l'entità della CMS dipende dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente, limitandosi l'intermediario unicamente a predeterminarne la misura percentuale. Essa, infatti, rappresenta il compenso corrisposto dal cliente in relazione all'onere che l'intermediario sostiene per far fronte all'eventualità che venga aumentato lo scoperto di conto.

In tale contesto la verifica del rispetto delle "soglie" di legge da parte di ciascun intermediario richiede:

- ▲ *il calcolo del tasso in concreto praticato – sommando gli interessi rapportati ai numeri debitori e gli oneri in percentuale sull'accordato, secondo le*

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

metodologie indicate al punto C3 – e il raffronto di tale tasso con la relativa soglia di legge;

- ▲ *il confronto tra l'ammontare percentuale dalla CMS praticata e l'entità massima della CMS applicabile (cd. CMS soglia), desunta aumentando del 50% l'entità della CMS media pubblicata nelle tabelle.*

Peraltro, l'applicazione di commissioni che superano l'entità della "CMS soglia" non determina, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate.

A tal fine, per ciascun trimestre, l'importo della CMS percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti ("margine")¹⁴.

Qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla "CMS soglia" sia inferiore a tale "margine" è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge».

La Banca d'Italia ha adeguato le proprie Istruzioni nell'agosto 2009, con efficacia dal primo trimestre 2010, prevedendo espressamente l'inserimento della commissione di massimo scoperto nella voce "oneri su base annua", sempre rapportata all'accordato, a decorrere dalle rilevazioni del terzo trimestre 2009 utilizzate per la definizione dei tassi medi e quindi dei tassi soglia in vigore nel primo trimestre 2010.

L'applicazione delle nuove norme di rilevazione e calcolo del T.E.G. nel primo trimestre 2010 ed in quelli successivi non genera – a questo punto – problemi di omogeneità delle grandezze da porre a confronto, in quanto la commissione di massimo scoperto è considerata rilevante sia "ex ante" ai fini delle segnalazioni periodiche utilizzate per la formazione dei tassi medi e quindi, dei tassi soglia, sia "ex post" ai fini del calcolo del T.E.G. di ciascun rapporto di finanziamento: è dunque garantita l'omogeneità delle grandezze oggetto di confronto.

12. La "commissione onnicomprensiva" e la "commissione di istruttoria veloce".

La commissione di massimo scoperto – sino al 2009 – veniva, per lo più, applicata sulla massima esposizione debitoria raggiunta dal correntista in un determinato periodo preso a riferimento (solitamente trimestrale), senza tenere in considerazione l'ammontare dei fondi messi a disposizione.

La Suprema Corte aveva, invece, sottolineato che la commissione di massimo scoperto avrebbe dovuto essere riconosciuta a fronte dell'impegno di quest'ultima di tenere a disposizione del correntista l'importo oggetto di affidamento. In tale senso, la

¹⁴ «Tale "margine" è calcolato, per ciascun trimestre, sottraendo dagli interessi massimi che la banca avrebbe potuto richiedere (calcolato con la seguente formula: $INTERESSI = (TASSO\ SOGLIA - (ONERI \times 100 / ACCORDATO)) \times NUMERI\ DEBITORI / 36.500$) quelli effettivamente richiesti».

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

commissione avrebbe quindi dovuto rappresentare «*la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma*»¹⁵. Sotto questo aspetto, la commissione sarebbe stata «*un fattore di riequilibrio dei costi sostenuti dalla banca per approvvigionarsi del denaro che verrà concesso alla clientela*»¹⁶.

In tale contesto, il “Governo Monti” – nel dicembre 2011, in sede di conversione del c.d. “decreto Salva-Italia” – ha introdotto l’art. 117–bis del T.U.B, secondo il quale:

«I. I contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L'ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti, non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente.

II. A fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

III. Le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 sono nulle. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.

IV. Il CICR adotta disposizioni applicative del presente articolo, ivi comprese quelle in materia di trasparenza e comparabilità, e può prevedere che esso si applichi ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente; il CICR prevede i casi in cui, in relazione all'entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce di cui al comma 2».

L'introduzione di tale norma deve essere, peraltro, coordinata con l'art. 27 bis del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, che ha sancito la nullità di tutte «*le clausole comunque denominate che prevedano commissioni a favore delle banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido*».

¹⁵ In tale senso, Cass. 18 gennaio 2006, n. 870, in *Contratti*, 2006, Fasc. 10, pag. 922.

¹⁶ Così MORERA, *Il prezzo dell'utilizzo nell'apertura di credito (notarella sulla nuova commissione di massimo scoperto)*, in AA.VV., *Il “giusto” prezzo tra Stato e mercato*, a cura di Bani, Torino, 2009, pag. 407.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

Lo scopo dell'intervento legislativo era – in primo luogo – quello di pervenire ad una decisa semplificazione della struttura commissionale dei contratti di apertura di credito, stabilendo che essi potessero prevedere, quali unici oneri a carico del correntista, una commissione onnicomprensiva ed un interesse debitore sulle somme prelevate; e – in secondo luogo – quello di intervenire sui c.d. sconfinamenti (ossia sulle somme messe a disposizione del correntista da parte della banca in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido), sancendo che la banca potesse prevedere – anche per essi – quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria ed un interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

La preoccupazione destata da tale intervento legislativo ha condotto all'introduzione dell'art. 1.1, lett. a), del D.L. 24 marzo 2012, n. 29, convertito dalla L. 18 maggio 2012, n. 62, il quale ha modificato il citato articolo 27 *bis*, limitando la sanzione della nullità alle sole clausole «*stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'articolo 117 bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, adottate dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio al fine di rendere i costi trasparenti e immediatamente comparabili*».

Il quadro degli interventi normativi è stato, infine, completato con l'emanazione, da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze (in funzione suppletiva rispetto al CICR), del Decreto 30 giugno 2012, n. 644, contenente le disposizioni applicative previste dall'art. 117-*bis* T.U.B. In particolare, la Delibera CICR ha ripreso il tenore dell'art. 117-*bis* T.U.B., ribadendo che la commissione onnicomprensiva debba essere calcolata «*in maniera proporzionale alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento*» e che il suo ammontare è liberamente determinabile, con pattuizione che deve essere riportata nel contratto, fermo il limite massimo dello 0,5% trimestrale della somma messa a disposizione del cliente.

La Delibera CICR ha inoltre chiarito che la commissione onnicomprensiva deve essere calcolata sull'intera somma messa a disposizione del correntista in base al contratto, indipendentemente dal fatto che sia o meno utilizzata, e per tutto il periodo in cui la stessa è messa a disposizione. Evidentemente, la commissione – calcolata in misura percentuale – può incrementarsi all'aumentare dell'importo messo a disposizione, a prescindere dall'utilizzo che il cliente ne faccia¹⁷.

La commissione deve poi essere proporzionata alla durata del rapporto e, in ragione di ciò, la Delibera CICR ha previsto che – ove la stessa sia pagata in anticipo – debba essere restituita nel caso in cui successivamente venga meno la disponibilità dei fondi per il correntista; evidentemente l'ammontare della restituzione deve essere

¹⁷ Si veda il Decreto d'urgenza del Ministro-Presidente del CICR 30 giugno 2012, n. 644, art. 3, comma 2, punto *ii*).

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

proporzionale alla differenza tra la durata prevista dal contratto e quella effettiva del rapporto¹⁸.

La commissione ha natura onnicomprensiva, giacché la Delibera CICR stabilisce espressamente che all'intermediario è precluso il diritto a qualsivoglia ulteriore «*corrispettivo per attività che sono a esclusivo servizio dell'affidamento*», incluse le commissioni per l'istruttoria e le spese relative al conteggio degli interessi.

La commissione di istruttoria veloce deve – per contro – essere calcolata in misura fissa ed è pertanto espressa in valore assoluto. Il singolo contratto – nel caso si tratti di clienti diversi da consumatori – può prevedere l'applicazione di commissioni differenziate a seconda dello sconfinamento (se questo è superiore a 5.000 euro), nel limite di tre scaglioni di importo.

A differenza di quanto previsto per la commissione onnicomprensiva, non è previsto alcun importo massimo predeterminato in sede normativa o regolamentare¹⁹. Tuttavia, la Delibera CICR ha stabilito che la commissione di istruttoria veloce non può eccedere «*i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria e a questa direttamente connessa*», in conformità alle procedure interne che l'intermediario è chiamato ad adottare per disciplinare l'applicazione della commissione.

Il contratto deve espressamente prevedere l'ammontare della commissione di istruttoria veloce, che può essere applicata soltanto a fronte di un addebito che determini uno sconfinamento ovvero che accresca l'ammontare di uno sconfinamento già in essere.

La commissione di istruttoria veloce ha le seguenti caratteristiche:

- a) è determinata, per ciascun contratto, in misura fissa ed è espressa in valore assoluto;
- b) non eccede i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria veloce e a questa direttamente connessi;
- c) è applicata solo a fronte di addebiti che determinano uno sconfinamento o accrescono l'ammontare di uno sconfinamento esistente;
- d) è applicata solo quando vi è sconfinamento avendo riguardo al saldo disponibile di fine giornata.

La commissione di istruttoria veloce non può trovare applicazione se l'intermediario non autorizza lo sconfinamento, né può essere addebitata a fronte di

¹⁸ Cfr. Decreto d'urgenza del Ministro-Presidente del CICR 30 giugno 2012, n. 644, art. 3, comma 2, punto *ii*).

¹⁹ Tale limite non è stato fissato dal Decreto d'urgenza, attesa l'assenza di una simile previsione nella normativa primaria (per la commissione onnicomprensiva il limite quantitativo è invece stabilito direttamente dall'art. 117-*bis* T.U.B.).

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

istruttorie effettuate periodicamente dall'intermediario in relazione a sconfinamenti già concessi.

La commissione di istruttoria veloce non è dovuta quando:

- △ nei rapporti con i consumatori, ricorrono entrambi i seguenti presupposti:
 - per gli sconfinamenti in assenza di fido, il saldo passivo complessivo, anche se derivante da più addebiti, risulta essere non superiore ad euro 500;
 - per gli utilizzi extra-fido, l'ammontare complessivo di questi ultimi – anche se derivante da più addebiti – risulta essere non superiore ad euro 500;
- △ lo sconfinamento non ha durata superiore a sette giorni consecutivi;
- △ lo sconfinamento ha avuto luogo per effettuare un pagamento a favore dell'intermediario;
- △ lo sconfinamento non ha avuto luogo perché l'intermediario non vi ha acconsentito.

Nel caso in cui la commissione onnicomprensiva non sia contrattualmente prevista al momento della sottoscrizione del contratto, ovvero sia prevista o applicata in modo difforme dalle prescrizioni legislative, in sede di consulenza tecnica si deve procedere all'eliminazione dei suoi effetti.

13. Tasso convenzionale e tasso legale.

Un altro tema che spesso assume notevole rilevanza nell'ambito del contenzioso bancario è quello che scaturisce dalla distinzione fra tasso di interesse convenzionale e tasso di interesse legale: il primo è costituito dal tasso di interesse attivo o passivo concordato fra la banca e il correntista, mentre il secondo è il tasso previsto dalla legge.

Occorre al riguardo precisare che il tasso convenzionale è spesso anche indicato con l'espressione tasso ultralegale, a indicare – quando si tratti di tasso passivo per il correntista – che esso assume misura superiore rispetto al tasso legale.

L'art. 1284 c.c. prevede che il tasso di interesse debba essere quello legale se le parti – correntista e banca – non ne hanno determinato la misura e, inoltre, che siano ammissibili tassi d'interesse superiori a quello legale esclusivamente se stabilito in forma scritta. Più in particolare, il tasso previsto dalla legge – che si applica di *default* in assenza di pattuizione contraria – è costituito, a seconda del periodo di riferimento, dal c.d. tasso legale di cui all'art. 1284 c.c. ovvero dal c.d. tasso T.U.B. previsto dall'art. 117 T.U.B..

In tale senso si è espressa anche la giurisprudenza: «Essendo nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola che, per la determinazione del saggio di interesse, fa rinvio agli usi su piazza, il tasso sostitutivo va individuato in quello legale, ex art. 1284 c.c., fino all'entrata in vigore del d. lgs. 385/1993 e, per il periodo successivo, quello stabilito dall'art. 117 del predetto decreto legislativo che prevede

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

l'applicazione del tasso nominale minimo dei B.O.T. annuali ai saldi debitori (attivi per la banca) e di quello massimo ai saldi creditori (passivi per la banca)»²⁰.

In particolare, nel caso in cui il rapporto di conto corrente sia iniziato anteriormente al 9 luglio 1992 – data di decorrenza degli effetti della Legge sulla Trasparenza Bancaria (Legge 17 febbraio 1992, n. 154) – e non sia stato previsto un tasso convenzionale, occorre assumere a riferimento, se inferiore – il tasso di interesse legale (art. 1284 c.c.).

Occorre invece assumere a riferimento il tasso convenzionale stipulato *ab origine*, nonché le sue variazioni successive, soltanto nel caso in cui il contratto preveda la facoltà di variazione unilaterale delle condizioni (c.d. “*ius variandi*”), e a condizione – sino al 4 luglio 2006 (data di entrata in vigore Decreto–Legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248) – che la banca abbia dato corso alle relative comunicazioni periodiche, nonché alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Nel caso in cui il rapporto sia iniziato posteriormente al 9 luglio 1992 e non sia stato previsto un tasso convenzionale, occorre assumere a riferimento – se più favorevole per il correntista – il tasso di interesse minimo dei Buoni Ordinari del Tesoro annuali (emessi nell’anno precedente alla chiusura del trimestre di riferimento) per le operazioni attive della banca (intendendosi per tali quelle che producono interessi a credito della banca) e il tasso nominale massimo dei Buoni Ordinari del Tesoro annuali (emessi nell’anno precedente alla chiusura del trimestre di riferimento) per le operazioni passive (art. 117, comma 7, lett. a), T.U.B.). Occorre invece assumere a riferimento il tasso convenzionale stipulato *ab origine*, nonché le sue variazioni successive soltanto nel caso in cui il contratto preveda la facoltà di variazione unilaterale delle condizioni (c.d. “*ius variandi*”), e a condizione – sino al 4 luglio 2006 (data di entrata in vigore Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248) – che la banca abbia dato corso alle relative comunicazioni periodiche, nonché alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Al proposito si è, peraltro, osservato: «*Su questo punto occorre ricordare come da talune controparti delle banche si sostenga che la norma in questione avrebbe carattere “sanzionatorio” e che pertanto vadano applicati al calcolo degli interessi passivi per il cliente i tassi BOT minimi, mentre i massimi andrebbero adottati per il conteggio degli interessi attivi per il cliente. La giurisprudenza di merito sul punto è variegata, ma appare evidente che è fuori da ogni logica dell’economia reale (...) sostenere che la banca possa addebitare al cliente interessi ad un tasso inferiore a quello riconosciuto sulle giacenze attive. Si tratterebbe di comportamento antieconomico che non si può ritenere previsto da una disposizione di legge. Anche in un’ottica sanzionatoria l’adozione dei tassi BOT (massimi) anziché dei tassi contrattuali (e di mercato) risulta già notevolmente punitiva, a fronte della mancata*

²⁰ Così Trib. Torino 21 gennaio 2010 (Est. Dott.ssa Maurizia GIUSTA), in www.ilcaso.it.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

stipula (o disponibilità) di una pattuizione scritta. Di fatto, poi, importanti sezioni di Tribunali civili (tra gli altri, a quanto mi risulta, almeno fino a poco tempo fa, il Tribunale di Milano) interpretano la norma riconoscendo i tassi BOT massimi sugli interessi passivi per il cliente»²¹.

14. L'anatocismo.

Come è noto, la Corte di Cassazione – con le sentenze n. 2374, n. 3096²² e n. 12507²³ del 1999 – ponendosi in contrasto con le pronunce del ventennio precedente ha dichiarato illegittime le clausole bancarie anatocistiche, intendendosi per tali le clausole che prevedevano la capitalizzazione degli interessi, sino ad allora applicate con diversa periodicità a seconda che si trattasse di interessi passivi maturati a favore delle banche (capitalizzazione trimestrale) ovvero di interessi attivi maturati a favore del cliente (capitalizzazione annuale).

Sino ad allora, si riteneva legittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi sul riflesso che la consuetudine bancaria di inserire le relative clausole nei contratti fosse espressione degli “usi contrari” di cui all’art. 1283 c.c. e, in quanto tale, avrebbe legittimato l’anatocismo.

Il *revirement* della giurisprudenza, avvenuto nella primavera del 1999, è fondato sull’affermazione che gli “usi contrari” di cui all’art. 1283 c.c. sono da ricondursi ad *usi normativi*, laddove la consuetudine di inserire clausole anatocistiche configurerebbe – al contrario – un mero *uso negoziale*.

Il successivo D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342 prevedeva – da un lato – che una successiva delibera del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio avrebbe dovuto disciplinare, per il futuro, modalità e criteri di determinazione degli interessi bancari; e – dall’altro lato – che le clausole anatocistiche applicate in passato dovevano ritenersi valide ed efficaci e, di conseguenza, non avrebbero potuto formare oggetto di azioni giudiziarie volte alla ripetizione dell’indebitato.

La delibera del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio del 9 febbraio 2000 prevede, in particolare, all’art. 2 che le banche debbano stabilire contrattualmente la medesima periodicità per il calcolo degli interessi attivi e passivi, non ponendo alcun limite alla scelta della periodicità stessa. Il trattamento analogo previsto sia per gli interessi debitori sia per quelli creditori avrebbe, quindi, costituito condizione di validità per le clausole anatocistiche previste nei contratti bancari in corso

²¹ A. TROPINI, Relazione al Convegno “*Derivati, Anatocismo e usura nei contratti bancari – Profili tecnici, civili e penali*”, Università del Piemonte Orientale – Facoltà di Economia di Casale Monferrato, 18 febbraio 2011.

²² Cass. 16 marzo 1999, n. 2374 e Cass. 30 marzo 1999, n. 3096, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1999, Parte II, pag. 389, con nota di GINEVRA, DOLMETTA E PERRONE.

²³ Cass. SS.UU. 11 novembre 1999, n. 12507, in *Fov It.*, 2000, I, pag. 451, con nota di PALMIERIE NIGRO.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

all'epoca e successivi. L'art. 3 della Delibera prevede, al contrario, che la capitalizzazione è invece preclusa sugli interessi maturati sul saldo risultante dalla definitiva chiusura del conto corrente.

La stessa Delibera del CICR prevede, inoltre, che le banche debbano adeguare le condizioni contrattuali previste nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della Delibera stessa (22 aprile 2000) entro il 30 giugno 2000, con effetti dal 1° luglio 2000, legittimando da quella data l'anatocismo.

In tale nuovo contesto normativo è intervenuta la Corte Costituzionale (Sentenza 17 ottobre 2000, n. 425²⁴), dichiarando l'illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 342 del 1999, nella parte in cui prevede l'efficacia sanante per il passato. Tale orientamento è stato ribadito, inoltre, dalla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 21095 del 4 novembre 2004²⁵.

Per effetto di tale Sentenza, devono pertanto considerarsi illegittime le clausole anatocistiche applicate in epoca antecedente all'entrata in vigore della Delibera, con conseguente possibilità di promuovere azioni volte alla ripetizione degli interessi anatocistici; il tutto nei limiti della prescrizione ordinaria decennale di cui all'art. 2946 c.c., che – secondo le indicazioni fornite dalla più recente Sentenza della Cassazione a Sezioni Unite – opera diversamente a seconda della natura delle rimesse.

Per ragioni di completezza, occorre ancora aggiungere che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ritenuto che, in caso di illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, non possa considerarsi legittima neppure la capitalizzazione annuale²⁶; in ciò preceduta dalla giurisprudenza di merito: «*La nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi comporta che non è possibile applicare in via sostitutiva una diversa forma di capitalizzazione in mancanza di una espressa previsione contrattuale o di una norma imperativa che ne imponga l'adozione*»²⁷.

Nello stesso senso si è espressa, ancora di recente, la stessa Corte di Cassazione: «*...La ricorrente sostiene che il divieto della capitalizzazione trimestrale degli interessi non escluderebbe altre capitalizzazioni, e segnatamente, quella annuale. Al contrario, come è evidente nella predetta sentenza, questa Corte tratta di capitalizzazione perché questa era oggetto di dibattito, ma dal contesto motivazionale emerge con chiarezza l'affermazione del divieto di ogni capitalizzazione degli interessi su interessi ai sensi dell'art. 1283 c.c. (salvo, come si diceva, in caso di domanda giudiziale o convenzione posteriore alla scadenza di essi). Bene ha fatto dunque il giudice del rinvio ad escludere qualsiasi capitalizzazione (annuale, trimestrale, semestrale, ecc.), conformemente alle*

²⁴ Corte Costituzionale, 17 ottobre 2000, n. 425, in *Fallimento*, 2011, 19, con nota di PANZANI.

²⁵ Cass. 4 novembre 2004, n. 21095, in *Contratti*, 2005, Fasc. 6, pag. 565.

²⁶ Si veda Cass. 2 dicembre 2010, n. 24418, in *www.ilcaso.it*.

²⁷ In tal senso Trib. Torino 21 gennaio 2010 (Est. Dott.ssa Maurizia GIUSTA), in *www.ilcaso.it*.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

indicazioni del giudice remittente, e secondo l'ordinamento giurisprudenziale che si è andato consolidando negli anni (tra le altre, Cass. S.U. n. 24418/2010; Cass. n. 9695/2011)²⁸.

In tale contesto, il consulente tecnico d'ufficio è – dunque – chiamato a svolgere un compito assai arduo.

In particolare, nel caso in cui il contratto di conto corrente sia stato stipulato prima del 22 aprile 2000 (data di decorrenza degli effetti della Delibera CICR 9 febbraio 2000), deve procedere all'eliminazione dell'effetto della capitalizzazione, fino alla data di comunicazione al correntista (specificamente approvata da quest'ultimo) della clausola di reciprocità della capitalizzazione trimestrale (entro il 30 dicembre 2000), previa pubblicazione della stessa sulla Gazzetta Ufficiale (entro il 30 giugno 2000).

Nel caso, invece, in cui il contratto sia stato stipulato a partire dal 22 aprile 2000 (data di decorrenza degli effetti della Delibera CICR 9 febbraio 2000), egli deve procedere all'eliminazione dell'effetto della capitalizzazione soltanto nel caso in cui non risulti la pattuizione scritta della clausola di reciprocità.

In tale senso si è espressa, ancora di recente, la giurisprudenza di merito: «*Diversa, invece, la questione relativa alla capitalizzazione trimestrale. La difesa della Banca, pur consapevolmente richiamando l'amplissimo filone giurisprudenziale che, sin dalle sentenze del 1999, ha finito per affermare l'illegittimità dell'uso di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi del correntista, reitera il consueto apparato defensionale degli Istituti di credito in subjecta materia. Al riguardo, di là della concreta persuasività delle argomentazioni spese in difesa di quella consolidata prassi, nulla mette conto aggiungere oltre al richiamo alla sentenza S.U. 21095/2004, successivamente ribadita da diverse pronunce delle Sezioni semplici ed i cui principi hanno formato oggetto di costante applicazione da parte di questo Tribunale, non senza ulteriormente osservare che l'accoglimento della contraria tesi, reiteratamente propugnata (anche) dalla Banca convenuta “avrebbe ormai il senso di una sterile ribellione giurisprudenziale, per quanto il sistema non conosca il principio dello stare decisis.” (App. Torino 23.2.2010, pres. rel. Griffey, in esito a procedimento ad RG 798/06). Ciò, peraltro, con riferimento alla situazione antecedente alla delibera CICR del febbraio 2000, resa in attuazione dell'art. 25 D. lgs. 342/99, a decorrere dalla quale vi è facoltà di adeguamento delle clausole, con previsione di capitalizzazione infrannuale, purché il diritto sia bilateralmente sancito (...). E' ben vero che, nel caso in cui le nuove condizioni determinino un peggioramento per la clientela, esse richiederebbero una specifica pattuizione. In astratto, la modificazione non è affatto peggiorativa, perché conduce all'ampliamento delle facoltà e dei diritti del correntista: a tutto concedere, è neutra, atteso che conduce ad un mero riallineamento paritetico dei diritti delle parti (capitalizzazione infrannuale per entrambi), così sanando*

²⁸ Cass. 11 gennaio 2013, n. 602, in www.altalex.com.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

l'illegittimità della prassi pregressa, come emersa a seguito del noto revirement della Cassazione. Idonea prova del peggioramento in concreto non è tuttavia stata data, né, a monte, offerta. Ciò detto, deve allora affermarsi l'illegittimità, piena della capitalizzazione trimestrale e, come insegnato da un consolidato orientamento, senza possibilità di capitalizzazione semestrale o annuale ma solamente per il periodo anteriore»²⁹. Pertanto: «E' legittima l'applicazione al cliente da parte della banca degli interessi anatocistici a decorrere dal 1 luglio 2000 avendo la banca reso operante il meccanismo di adeguamento previsto dall'art. 7 della delibera CICR del 9 febbraio 2000»³⁰.

15. L'usura: usura originaria e usura sopravvenuta.

15.1. Premessa

Altro tema di notevole rilevanza, per il quale può determinarsi (v. *supra*) un effetto distorsivo, è costituito dall'usura.

A tal proposito, occorre brevemente premettere che l'art. 644 c.p., come sostituito dall'art. 1 della L. 7 marzo 1996, n. 108, nel reprimere il reato di usura, prescrive, al comma 4, che «*Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito*».

L'art. 2 della L. n. 108 del 1996 attribuisce al Ministero del Tesoro (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze) il compito di rilevare trimestralmente, sentiti la Banca d'Italia e l'ormai soppresso Ufficio Italiano Cambi, il tasso effettivo globale medio degli interessi applicati dalle banche e dagli intermediari, stabilendo che i valori medi così rilevati siano pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale. I tassi medi così rilevati e pubblicati, aumentati della metà, costituiscono, ai sensi dell'ultimo comma del citato articolo 2, il limite oltre il quale i tassi applicati si considerano sempre usurari, ai sensi dell'art. 644, comma 3, c.p.

15.2. Le Istruzioni fornite dalla Banca d'Italia.

Le «*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*» emanate dalla Banca d'Italia (versione del 2006) indicavano la seguente formula di calcolo del T.E.G.:

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi x 36.500}}{\text{Numeri Debitori}} + \frac{\text{Oneri x 100}}{\text{Accordato}}$$

Ove:

²⁹ Trib. Torino 20 aprile 2012 (Est. Dott. Bruno CONCA).

³⁰ Ancora Trib. Torino 21 gennaio 2010 (Est. Dott.ssa Maurizia GIUSTA), in www.ilcaso.it.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

- △ «gli interessi sono dati dalle competenze di pertinenza del trimestre di riferimento, ivi incluse quelle derivanti da maggiorazioni di tasso applicate in occasione di sconfinamenti rispetto al fido accordato, in funzione del tasso di interesse annuo applicato»;
- △ «i numeri debitori sono dati dal prodotto tra i “capitali” ed i “giorni”»;
- △ «gli oneri da considerare sono quelli indicati al successivo punto C4, effettivamente sostenuti nel trimestre»;
- △ per “accordato” si intende «il limite massimo del credito concesso dall’intermediario segnalante sulla base di una decisione assunta nel rispetto delle procedure interne (...). Il fido accordato da prendere in considerazione è quello al termine del periodo di riferimento (ovvero l’ultimo nel caso dei rapporti estinti). Nel caso di passaggi a debito di conti non affidati o comunque se si verificano utilizzi di finanziamento senza che sia stato precedentemente predeterminato l’ammontare del fido accordato, l’attribuzione alla classe di importo va effettuata prendendo in considerazione l’utilizzo effettivo nel corso del trimestre di riferimento (ad es. nel caso di passaggi a debito di conti correnti non affidati deve essere considerato il saldo contabile massimo; nel caso di sconto di effetti e di operazioni di factoring su crediti acquistati a titolo definitivo deve essere considerato l’importo erogato)».

Le “Istruzioni” precisavano, inoltre, quanto segue: «La commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del T.E.G. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali. Tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l’intermediario dell’onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell’utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso – che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni – viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento».

La Cassazione Penale ha – per contro – ritenuto che la commissione di massimo scoperto debba rientrare a pieno titolo nel calcolo del T.E.G.. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che: «Con riferimento alla determinazione del tasso di interesse usurario, ai sensi del comma quattro dell’articolo 644 c.p., si tiene, quindi, conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito. Incensurabile in questa sede, essendo immune da vizi logici, è la valutazione di entrambi i giudici di merito di far riferimento alla perizia... che ha seguito l’impostazione metodologica poi recepita in sentenza, scegliendo di utilizzare il criterio della CMS - soglia per accertare i casi di sfioramento, individuandoli, in concreto, ogni volta che risulti superato il valore medio aumentato della metà. Quindi, come peraltro rilevato sia dal Tribunale e dalla Corte territoriale, anche la commissione di massimo scoperto deve essere tenuta in considerazione quale

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario, tutti gli oneri che l'utente sopporta in relazione all'utilizzo del credito, indipendentemente dalle istruzioni o direttive della Banca d'Italia (circolare della Banca d'Italia 30.9.1996 e successive) in cui si prevedeva che la commissione di massimo scoperto non dovesse essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale degli interessi, traducendosi in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (...). La materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto con la norma di legge (art. 644, comma 4, c.p.) che disciplina la determinazione del tasso soglia che deve ricomprendere "le remunerazioni a qualsiasi titolo", ricomprendendo tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto e, in particolare, anche la commissione di massimo scoperto che va considerata quale elemento potenzialmente produttivo di usura nel rapporto tra istituto bancario e prestatore del credito. Appare pertanto illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla Banca d'Italia al riguardo. In termini generali, quindi, l'ignoranza del tasso di usura da parte delle banche è priva di effetti e non può essere invocata quale scusante, trattandosi di ignoranza sulla legge penale (art. 5 c.p.)»³¹

In senso contrario, ma più coerente dal punto di vista finanziario, si è espressa la giurisprudenza di merito, osservando che: *«L'affermato superamento del tasso soglia muove dall'assunto della necessaria inclusione della c.m.s. nel T.E.G., di contro alle direttive di Bankitalia, pro tempore vigenti (sino al 2009) e, in concreto, osservate dalla Banca. La difesa attorea si riporta ad una recente giurisprudenza di legittimità corroborante tale impostazione, peraltro non priva di seguito anche nella giurisprudenza di merito. La difesa della Banca convenuta osserva, di contro, come mai la Banca avrebbe potuto scostarsi dalle direttive di Bankitalia, suo organo di vigilanza, nella determinazione del TEG e nella conseguente commisurazione dei tassi applicati, nel rispetto del tasso soglia. La ritenuta illegittimità delle prescrizioni dell'organo di vigilanza non potrebbe, oggi, essere addossata alla Banca, obiettivamente posta in una sorta di letto di Procuste: ieri costretta a disattendere quanto stabilito – a torto o a ragione ma, certo, in modo non manifestamente illegittimo – dall'organo di vigilanza per non essere oggi, a seguito di una sopravvenuta giurisprudenza di legittimità, tacciata di applicazione di condizioni sostanzialmente usurarie»³².*

Di contrario avviso è la Corte d'Appello di Torino, la quale – sebbene nell'ambito di una questione avente ad oggetto un'operazione di credito al consumo – si è espressa nei seguenti termini: *«E' evidente pertanto che le suddette istruzioni della*

³¹ Cass. 23 settembre 2011, n. 46669, in www.cortedicassazione.it.

³² Trib. Torino, 20 aprile 2012 (Est. Dott. Bruno CONCA).

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

Banca d'Italia non abbiano alcuna efficacia precettiva nei confronti del Giudice nell'ambito del suo accertamento del TEG applicato alla singola operazione...»; per contro, quest'ultimo «va accertato dal Giudice unicamente sulla base dell'art. 644 c.p. ... e, ove presenti, di eventuali disposizioni di legge aventi pari forza; non hanno alcuna efficacia a tal fine le istruzioni impartite dalla Banca d'Italia per rilevare il TEGM, sia perché non rivolte ... a stabilire il tasso globale effettivo di una certa singola operazione, sia perché non aventi comunque, neppure in astratto, portata derogatrice né integratrice della norma di cui sopra, nella parte in cui si indica come calcolare il tasso effettivo globale»³³.

In tale contesto di incertezza, la Banca d'Italia ha operato una *release* delle “Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura”, includendo la commissione di massimo scoperto fra gli “oneri”. In particolare ha precisato che:

- ▲ «gli interessi sono dati dalle competenze di pertinenza del trimestre di riferimento, ivi incluse quelle derivanti da maggiorazioni di tasso applicate in occasione di sconfinamenti rispetto al fido accordato»;
- ▲ «i numeri debitori sono dati dal prodotto tra i “capitali” ed i “giorni”»;
- ▲ «gli oneri su base annua sono calcolati includendo tutte le spese sostenute nei dodici mesi precedenti la fine del trimestre di rilevazione, a meno che queste siano connesse con eventi di tipo occasionale, destinati a non ripetersi (...). Il calcolo del tasso deve tenere conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito e sostenute dal cliente, di cui il soggetto finanziatore è a conoscenza, anche tenuto conto della normativa in materia di trasparenza. In particolare, sono inclusi (...) gli oneri per la messa a disposizione dei fondi, le penali e gli oneri applicati nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o negli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato e la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti»;
- ▲ per “fido accordato” si intende «l'ammontare del fido utilizzabile dal cliente in quanto riveniente da un contratto perfetto ed efficace (cd. Accordato operativo). Il fido accordato da prendere in considerazione è quello al termine del periodo di riferimento (ovvero l'ultimo nel caso dei rapporti estinti). Nel caso di passaggi a debito di conti non affidati o comunque se si verificano utilizzi di finanziamento senza che sia stato precedentemente predeterminato l'ammontare del fido accordato, l'attribuzione alla classe di importo va effettuata prendendo in considerazione l'utilizzo effettivo nel corso del trimestre di riferimento (ad es. nel caso di passaggi a debito di

³³ App. Torino, 27 gennaio 2014 (Est. Dott.ssa Federica LA MARCA), in www.ilcaso.it.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

conti correnti non affidati deve essere considerato il saldo liquido massimo di segno negativo; nel caso di operazioni di factoring su crediti acquistati a titolo definitivo e di sconto di effetti deve essere considerato l'importo erogato)».

Quanto ai numeri debitori, si è sostenuto che questi non debbano essere assunti nella misura riportata negli estratti conto scalari, in quanto le Istruzioni fanno riferimento al prodotto tra “capitali” e giorni: facendo leva sul dato letterale, i sostenitori di tale tesi affermano che i numeri da inserire nella formula debbano essere preventivamente depurati dai “numeri anatocistici”, ovvero dall'effetto della capitalizzazione degli interessi al termine di ciascun trimestre.

Tale impostazione non è condivisa dalla Banca d'Italia, la quale ha precisato che *«il calcolo dei numeri debitori per le aperture di credito in conto corrente va effettuato considerando l'estratto conto “scalare”, in cui i capitali sono comprensivi degli interessi e delle altre spese addebitate trimestralmente»*³⁴.

In tale senso si è espressa anche la giurisprudenza, la quale ha affermato che: *«Va al riguardo sottolineato che anatocismo e capitalizzazione non costituiscono concetti equivalenti: mentre il primo designa la speciale attitudine degli interessi a produrre, a loro volta, interessi, la seconda indica il fenomeno in forza del quale una certa misura d'interessi viene tramutata in sorte capitale, con conseguente trasformazione di un'obbligazione accessoria in principale. Da ciò consegue che solo quest'ultima – non l'anatocismo di per sé – conduce ad un mutamento del regime giuridico dell'obbligazione d'interessi, solamente alla quale sono applicabili, per esempio, speciali norme in materia d'imputazione del pagamento (art. 1194 c.c.), quietanza (art. 1199 c.c.), cessione del credito (art. 1263 c.c.), privilegio (art. 2749 c.c.), pegno (art. 2788 c.c.), ipoteca (art. 2855 c.c.), prescrizione (art. 2948 c.c.). L'assorbimento dell'interesse passivo nel capitale esclude la computabilità dello stesso fra le voci di costo periodico del finanziamento per il periodo successivo all'intervenuta capitalizzazione, appunto perché, una volta capitalizzato, l'interesse non è più tale e, stante il suo conglobamento nel denominatore, non può più essere da questo espunto. Il superamento del tasso soglia, invece, viene espressamente assunto da parte attrice depurando il capitale dell'interesse composto capitalizzato. Avuto riguardo alla formula di computo del TEG, sostenere che nel calcolo del tasso soglia occorra depurare il capitale dell'effetto della capitalizzazione degli interessi è incongruo: infatti, cosiccome gli “interessi sugli interessi maturati nei trimestri precedenti” devono essere ricompresi nel numeratore, del pari gli interessi maturati nei trimestri precedenti non possono essere espunti dal denominatore; non si potrebbe d'altronde sostenere che il denominatore debba essere depurato degli interessi maturati nei trimestri precedenti,*

³⁴ Cfr. *Risposte ai quesiti pervenuti in materia di rilevazione dei tassi effettivi globali ai sensi della legge sull'usura* (agg. Novembre 2010).

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

così da includere soltanto il capitale originario. In tale ipotesi, infatti, si raffronterebbero dati non omogenei fra loro (il numeratore ricomprendente gli interessi sugli interessi e il denominatore che non li ricomprenderebbe); inoltre, il denominatore depurato degli interessi maturati nei trimestri precedenti risulterebbe non commensurabile con il tasso soglia, che – come noto – viene determinato sulla base di un tasso globale effettivo medio che ricomprende, nel denominatore, gli interessi maturati nei trimestri precedenti. D'altronde, come già ricordato, la liquidazione degli interessi viene fatta dalla banca trimestralmente e, quindi, gli interessi maturati nei trimestri concorrono alla determinazione del capitale di riferimento per il trimestre successivo. Se, poi, si volesse sostenere che “gli interessi sugli interessi maturati nei trimestri precedenti” non sarebbero dovuti perché la capitalizzazione non era stata pattuita e accettata, questi dovrebbero essere espunti sia dal numeratore che dal denominatore, senza alcun effetto in termini di superamento del tasso soglia. In definitiva, la verifica del superamento del tasso soglia deve correttamente tenere conto degli interessi maturati nei trimestri precedenti sia al numeratore che al denominatore; mentre l'esclusione dell'effetto anatocistico dovrebbe essere operata esclusivamente nella rideterminazione degli interessi effettivamente dovuti, nel caso in cui la capitalizzazione sia stata pattuita ed accettata. La prospettazione attorea inerente il superamento, per taluni periodi, del tasso soglia è dunque inficiata nel metodo e, alla luce delle argomentazioni tecniche svolte, non vi è evidenza del fatto che, operato il giusto conto della capitalizzazione degli interessi, il tasso soglia abbia da intendersi in effetti superato per effetto del computo della c.m.s.»³⁵.

15.3. La verifica del superamento del “tasso soglia”.

Calcolato il T.E.G., occorrerà confrontarlo con il limite indicato dalla legge, ovvero con il Tasso Effettivo Globale Medio, aumentato della metà, rilevato trimestralmente dal Ministero del Tesoro e pubblicato sulla G.U. In altri termini occorrerà verificare se il T.E.G. trimestralmente applicato dalla banca sia superiore al tasso soglia, calcolato nel modo seguente:

$$\text{Tasso soglia} = \text{T.E.G.M.} \times 1,5$$

Se dovesse verificarsi il superamento del tasso soglia, il tasso applicato dalla banca sarà usurario e, pertanto, non verrà applicato alcun tasso di interesse nel ricalcolo effettuato dal correntista ai fini dell'azione di ripetizione³⁶.

³⁵ Trib. Torino, 20 aprile 2012 (Est. Dott. Bruno CONCA).

³⁶ Ai sensi dell'art. 644 c.p. è da ritenersi comunque usurario il tasso che, pur inferiore al tasso soglia, sia sproporzionato rispetto alla prestazione offerta o sia stato determinato conoscendo lo stato di difficoltà economica o finanziaria del correntista.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

Come si è detto, sino al 2011 il calcolo del tasso soglia avveniva secondo la relazione seguente:

$$\text{Tasso soglia} = \text{T.E.G.M.} \times 1,5$$

Come è agevole rilevare, tale criterio di determinazione del tasso soglia determinava un margine di tolleranza diverso, a seconda del T.E.G.M., il quale – come è noto – assume valori differenti a seconda delle categorie di finanziamento.

Infatti, ove il T.E.G.M. avesse assunto valore pari al 10%, il margine di tolleranza sarebbe stato addirittura pari a 5 punti percentuali; ove, per contro, il T.E.G.M. avesse assunto valore pari al 2%, il margine di tolleranza sarebbe sceso addirittura ad 1 punto percentuale.

Tale criterio di calcolo conduceva, quindi, ad un evidente effetto distorsivo.

E' quindi intervenuto il Legislatore, che, con l'art. 8 del Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70, ha modificato nei seguenti termini il criterio di calcolo:

$$\text{Tasso soglia} = \text{T.E.G.M.} \times 1,25 + 4\% \text{ (max 8 punti percentuali)}$$

Costituisce un utile esercizio di analisi matematica del diritto, individuare il T.E.G.M. in corrispondenza del quale la modifica della modalità di calcolo non ha determinato effetto alcuno, ovvero il c.d. "*tasso di indifferenza*":

$$\text{T.E.G.M.} \times 1,25 + 4\% = \text{T.E.G.M.} \times 1,5$$

da cui

$$\text{T.E.G.M.} \times 0,25 = 4\%$$

ed infine

$$\text{T.E.G.M.} = 16\%$$

La stessa percentuale costituisce il T.E.G.M. di indifferenza, tenuto conto del limite di tolleranza (8%):

$$\text{T.E.G.M.} \times 1,25 + 4\% = \text{T.E.G.M.} + 8\%$$

da cui

$$\text{T.E.G.M.} \times 0,25 = 4\%$$

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

e infine

T.E.G.M. = 16%

Come risulta dagli esempi che seguono, per T.E.G.M. inferiori al tasso di indifferenza – pari al 16% – la variazione della modalità di calcolo ha comportato un aumento del margine di tolleranza; per T.E.G.M. superiori al tasso di indifferenza, la modifica ha condotto ad un effetto opposto.

Es. n. 1): T.E.G.M. = 15%

Criterio *ante* 2011:

$$15\% \times 1,5 = 22,5\%$$

Criterio *post* 2011:

$$15\% \times 1,25 + 4\% = 22,75\%$$

$$22,75\% > 22,5\%$$

Es. n. 2): T.E.G.M. = 17%

Criterio *ante* 2011:

$$17\% \times 1,5 = 25,5\%$$

Criterio *post* 2011:

$$17\% \times 1,25 + 4\% = 25,25\%$$

$$25,25\% < 25,5\%$$

L' incidenza del limite è rappresentata dalla relazione seguente:

$$25,5\% - 17\% = 8,5\%$$

T.E.G.M. = 25%

$$25\% < 25,5\%$$

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

Come già si è detto, nella verifica del superamento del tasso soglia assume spesso rilevanza determinante la commissione di massimo scoperto. In particolare, il superamento del tasso soglia avviene secondo l'ordine di frequenza di seguito rappresentato:

- ▲ piuttosto di frequente in caso di inclusione della commissione di massimo scoperto nel primo addendo, in quanto il peso sul denominatore, costituito dai numeri debitori, è spesso significativo;
- ▲ raramente in caso di inclusione della commissione di massimo scoperto nel secondo addendo, in quanto l'incremento del numeratore in relazione al denominatore – costituito dai numeri debitori – è spesso significativo;
- ▲ quasi mai in caso di separata considerazione della commissione di massimo scoperto, attraverso il regime del margine.

Pare opportuno sottolineare che soltanto l'ultimo criterio può essere considerato finanziariamente corretto.

15.4. L'usura sopravvenuta.

Infine, è opportuno ricordare che l'usura si può manifestare sia in sede di stipulazione del contratto, qualora il tasso di interesse applicato sia superiore al tasso soglia relativo al trimestre di riferimento e, in tal caso si parla di usura originaria; sia in epoca successiva, qualora il tasso di interesse applicato – non oggetto di variazione – sia (diventato) superiore al tasso soglia relativo al trimestre di riferimento.

In caso di usura originaria, si ritiene che operi l'art. 1815 c.c. e che – dunque – debba essere interamente eliminato l'interesse applicato; in caso di usura sopravvenuta, si ritiene che il tasso di interesse applicato debba essere ricondotto al tasso soglia.

E' bene precisare che si rientra nella fattispecie di usura originaria, non solo quando il tasso d'interesse convenzionale pattuito originariamente sia superiore al tasso soglia del trimestre di riferimento, ma anche nell'ipotesi in cui – per effetto dell'esercizio del *ius variandi* – venga pattuito un nuovo tasso d'interesse convenzionale e quest'ultimo – nello stesso trimestre di variazione – sia superiore al tasso soglia.

16. Il c.d. "conto misto".

Nel caso in cui si sia in presenza di un conto corrente misto, occorre procedere alla verifica dell'eventuale superamento del tasso soglia attraverso la ponderazione delle singole componenti (ovvero il primo ed il secondo addendo della formula del T.E.G. relativi, rispettivamente agli interessi ed agli oneri, nonché la componente costituita dalla commissione di massimo scoperto) sulla base dei numeri debitori complessivi per ciascun trimestre.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

17. La prescrizione: rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie.

Nella tecnica bancaria l'espressione "rimesse" sta ad indicare i versamenti effettuati dal correntista sul conto corrente: tali versamenti possono, a seconda dei casi, aumentare il saldo positivo o ridurre quello negativo.

La Corte di Cassazione, nella nota Sentenza resa a Sezioni Unite³⁷, con riferimento alle rimesse operate su un conto corrente con saldo negativo ha riesumato la distinzione fra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie, nei seguenti termini:

- ▲ le rimesse solutorie: versamenti effettuati su un conto corrente per il quale vi sia stato uno sconfinamento oppure su un conto corrente non affidato;
- ▲ le rimesse ripristinatorie: versamenti effettuati dal correntista su un conto corrente con saldo rientrante nei limiti del plafond di affidamento.

Si riporta, di seguito, un esempio numerico, al fine di apprezzarne meglio la distinzione. Si ipotizza che il saldo iniziale sia pari a zero e che l'affidamento ammonti ad euro 200.000.

DATA VALUTA	DARE	AVERE	SALDO PER VALUTA	RIMESSE SOLUTORIE	RIMESSE RIPRISTINATORIE
1/1/2008		20.000,00	20.000,00	–	–
4/1/2008	120.000,00		-100.000,00	–	–
15/1/2008		40.000,00	-60.000,00	–	40.000,00
25/1/2008	70.000,00		-130.000,00	–	–
5/2/2008		50.000,00	-80.000,00	–	50.000,00
16/2/2008	150.000,00		-230.000,00	–	–
27/2/2008		30.000,00	-200.000,00	30.000,00	–
3/3/2008	80.000,00		-280.000,00	–	–
10/3/2008		40.000,00	-240.000,00	40.000,00	–
12/3/2008	70.000,00		-310.000,00	–	–
21/3/2008		20.000,00	-290.000,00	20.000,00	–
31/3/2008	4.621,30		-294.621,30	–	–
	294.621,30				

³⁷ Cass. S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418, in www.ilcaso.it.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

DATA VALUTA	DARE	AVERE	SALDO PER VALUTA	RIMESSE SOLUTORIE	RIMESSE RIPRISTINATORIE
1/4/2008	294.621,30		-294.621,30	-	-
4/4/2008	120.000,00		-414.621,30	-	-
15/4/2008		240.000,00	-174.621,30	214.621,30	25.378,70
25/4/2008	70.000,00		-244.621,30	-	-
5/5/2008		250.000,00	5.378,70	44.621,30	205.378,70
16/5/2008	150.000,00		-144.621,30	-	-
27/5/2008		130.000,00	-14.621,30	-	130.000,00
3/6/2008	80.000,00		-94.621,30	-	-
10/6/2008		140.000,00	45.378,70	-	140.000,00
12/6/2008	70.000,00		-24.621,30	-	-
21/6/2008		120.000,00	95.378,70	-	120.000,00
30/6/2008	4.124,75		91.253,95	-	-
		385.875,25			

In alcuni casi risulta abbastanza semplice distinguere tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie: la rimessa effettuata in data 15 gennaio 2008 per 40.000 euro e quella effettuata in data 5 febbraio 2008 per 50.000 euro hanno natura ripristinatoria, poiché sono state effettuate a fronte di un saldo negativo rientrante nei limiti dell'affidamento concesso.

La rimessa effettuata in data 27 febbraio 2008 per euro 30.000 ha invece natura solutoria, in quanto effettuata a fronte di un saldo negativo oltre il limite dell'affidamento (il superamento del limite è avvenuto in data 16 febbraio 2008); evidentemente, tutte le rimesse successive hanno natura solutoria, sino a che il saldo non sia rientrato nei limiti del *plafond* disponibile.

Non è invece così intuitivo il caso in cui una rimessa presenti in parte natura solutoria ed in parte ripristinatoria, come ad esempio quella effettuata in data 15 aprile 2008 per euro 240.000: in tal caso, infatti, la rimessa a natura solutoria per euro 210.000, giacché tale versamento consente il rientro del saldo nei limiti dell'affidamento, e natura ripristinatoria per la differenza pari ad euro 30.000.

Secondo la ricostruzione operata nella Sentenza resa a Sezioni Unite (v. *supra*), la distinzione fra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie assume rilevanza ai fini della prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito. In particolare, nel caso di rimesse solutorie il termine decennale – da computarsi (*dies ad quem*) avendo riguardo al primo atto interruttivo ovvero alla data di notifica – decorre dall'annotazione della rimessa. Per contro, il termine decennale decorre (*dies a quo*) dalla chiusura del conto nel caso in cui la rimessa (a copertura delle competenze maturate nel trimestre precedente) abbia natura ripristinatoria.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

Al proposito, è utile riportare letteralmente il principio espresso dalle Sezioni Unite: «*Se, pendente l'apertura di credito, il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, pare indiscutibile che non vi sia alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato. In tal caso, qualora la restituzione abbia ecceduto il dovuto a causa del computo di interessi in misura non consentita, l'eventuale azione di ripetizione d'indebito non potrà che essere esercitata in un momento successivo alla chiusura del conto, e solo da quel momento comincerà perciò a decorrere il relativo termine di prescrizione.*

Qualora, invece, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire "scoperto") cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento. Non è così, viceversa, in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere».

Con riferimento all'onere probatorio, la giurisprudenza ha affermato che «*A tale regola juris consegue, fra l'altro, una diversa valenza dell'allegazione e prova del carattere solutorio della rimessa, a seconda che il conto sia aperto o chiuso. Se, con riferimento al conto aperto, la deduzione e prova della natura solutoria costituiscono elementi conformativi, rispettivamente, della domanda e del relativo thema probandum, diversamente dovendo inferirsi l'inammissibilità della *condictio indebiti*, dal momento che, vero il principio secondo cui *actio nondum nata non praescribitur*, dev'essere ovviamente riconosciuto anche l'opposto; con riferimento al conto chiuso, sarà tendenzialmente onere del convenuto dedurre e provare il contenuto solutorio della rimessa, atteso che, provatane tale natura, la risalenza ultradecennale della stessa conduce alla prescrizione, limitatamente alla rimessa medesima, dell'azione di ripetizione ed alla conseguente riduzione del debito per l'effetto incombente sull'accipiens; la natura della rimessa, con quanto ne dovrebbe conseguire in termini d'intervenuta prescrizione del diritto, si atterrebbe, in tal caso, a fatto (parzialmente) estintivo del diritto, come tale oggetto di necessaria allegazione e prova da parte del convenuto».* In sede di consulenza tecnica, è – quindi – necessario enucleare le rimesse solutorie e le rimesse ripristinatorie per i periodi antecedenti al decorso del decennio dalla chiusura del conto, giacché le competenze maturate in epoca precedente e oggetto di richiesta di ripetizione di indebitto devono considerarsi prescritte

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

nei limiti di copertura delle rimesse solutorie effettuate (sempre in epoca antecedente al decorso del decennio).

Come osservato recentemente, «È onere della banca che eccipisce la prescrizione dell'azione di indebito dare la prova del carattere solutorio delle rimesse, specificando altresì nei termini di cui all'art. 167 c.p.c. quelle aventi detta caratteristica. Si deve escludere il carattere solutorio delle rimesse allorché le stesse vengano effettuate su conto corrente non affidato, ma sul quale il correntista per anni abbia costantemente operato in una situazione di scoperto, e con applicazione da parte dell'istituto della commissione massimo scoperto; si deve riconoscere in tal caso un affidamento di fatto»³⁸.

18. L'algoritmo di calcolo del consulente tecnico: eliminazione delle competenze addebitate illegittimamente e procedimento ricorsivo di ricalcolo degli interessi.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'azione di ripetizione delle competenze addebitate illegittimamente può riguardare le seguenti fattispecie:

- ⤴ spese non previste contrattualmente;
- ⤴ interessi convenzionali (o ultra-legali) non previsti contrattualmente;
- ⤴ commissione di massimo scoperto;
- ⤴ effetto anatocistico;
- ⤴ usura.

L'eliminazione delle competenze addebitate illegittimamente avviene attraverso un preliminare intervento per così dire *spot*, che consiste nel:

- ⤴ verificare l'operatività della prescrizione, distinguendo fra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie;
- ⤴ verificare se le spese siano previste contrattualmente, enucleando quelle eventualmente non previste;
- ⤴ verificare se la commissione di massimo scoperto sia stata prevista contrattualmente e siano stati chiaramente indicati i criteri e i parametri di calcolo;
- ⤴ calcolare l'effetto anatocistico sino all'entrata in vigore della Delibera CICR, nonché successivamente nel caso in cui sia prevista una diversa periodicità per gli interessi attivi e gli interessi passivi;
- ⤴ verificare se siano stati previsti contrattualmente interessi ultra-legali e, in caso di riscontro negativo, procedere all'eliminazione degli interessi medesimi;
- ⤴ verificare l'eventuale superamento del tasso soglia usurario e, in caso di riscontro positivo, eliminare integralmente l'interesse – in ipotesi di usura

³⁸ In tale senso Trib. Torino 3 aprile 2014 (Est. Dott.ssa Cecilia MARINO).

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

originaria – ovvero applicare il tasso soglia – in ipotesi di usura sopravvenuta –.

La determinazione del saldo passa, poi, attraverso un procedimento ulteriore di natura ricorsiva, attraverso il quale vengono rideterminati i numeri debitori e ricalcolati gli interessi.

Tale procedimento si rende necessario poiché l'eliminazione delle competenze addebitate illegittimamente si riverbera sui numeri debitori risultanti dal conto a scalare, che devono – quindi – essere via via rettificati. Ciò in quanto all'inizio di ciascun trimestre il saldo debitore da utilizzare è inferiore a quello indicato nell'estratto conto, essendosi progressivamente accumulato un differenziale di interessi passivi, a causa della diversa – e spesso inferiore – base di calcolo; cui potrebbe aggiungersi un diverso tasso di interesse da applicare.

In definitiva, il saldo ricalcolato è il risultato di un procedimento che si snoda in due fasi:

- ▲ la prima fase, nella quale vengono eliminate tutte le competenze addebitate illegittimamente (*pars destruens*);
- ▲ la seconda fase, nella quale si procede al ricalcolo delle competenze effettivamente dovute alla banca (*pars construens*).

Il risultato dell'elaborazione complessiva consta di una tabella di sintesi che può assumere la seguente configurazione:

Conto Corrente n. XXX	
Saldo da conto corrente	XXX
Spese addebitate illegittimamente	(XXX)
Interessi addebitati illegittimamente	(XXX)
Commissione di massimo scoperto addebitata illegittimamente	(XXX)
Effetto anatocistico	(XXX)
Interessi ricalcolati	XXX
Saldo Ricalcolato	XXX

Il risultato dell'elaborazione potrebbe non essere univoco ove non fosse predeterminata la scelta interpretativa, circostanza che si verifica frequentemente con riguardo alla commissione di massimo scoperto, potendo questa concorrere alla determinazione del T.E.G. al primo addendo, al secondo addendo ovvero autonomamente, con effetti spesso divergenti in termini di superamento del tasso soglia.

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

19. L'intervento della cd. Legge di stabilità e la soppressione dell'anatocismo.

L'art. 1, comma 629, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014) ha modificato l'art. 120 TUB, avente ad oggetto l'anatocismo bancario. Il testo del comma 629 della legge in oggetto recita: «All'articolo 120 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il comma 2 è sostituito dal seguente: 2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che: a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori; b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale».

Il Legislatore quindi, con il fatidico colpo di spugna, ha spazzato via definitivamente l'anatocismo, oggetto – come si è visto – di interventi ora distruttivi ora ricostruttivi; pur subordinando l'efficacia della soppressione ad un'emananda Delibera CICR.

Pare opportuno cogliere lo spunto da tale intervento legislativo per mettere in evidenza l'effetto distorsivo che può generarsi a seguito dell'eliminazione dell'anatocismo nelle cause di contenzioso bancario; ciò anche al fine di mettere in evidenza i limiti della soppressione dell'anatocismo.

E' utile, a tale fine, partire dall'esempio già utilizzato, raffrontando l'effetto derivante dall'eliminazione dell'effetto anatocistico in misura integrale, tenuto conto dell'art. 1194, comma 2, c.c., a mente del quale «Il pagamento fatto in conto di capitale e d'interessi deve essere imputato prima agli interessi». Al proposito, pare opportuno sottolineare che – a stretto rigore – soltanto le rimesse solutorie hanno natura di “pagamento”, con la conseguenza che il citato art. 1194, comma 2, c.c., non troverebbe applicazione in caso di rimesse ripristinatorie.

Le tabelle seguenti recano il calcolo degli interessi tenendo conto dell'effetto anatocistico.

DATA VALUTA	DARE	AVERE	SALDO PER VALUTA	RIMESSE SOLUTORIE	RIMESSE RIPRISTINATORIE
31/12/2013		20.000,00	20.000,00	–	–
4/1/2014	120.000,00		-100.000,00	–	–
15/1/2014		40.000,00	-60.000,00	–	40.000,00
25/1/2014	70.000,00		-130.000,00	–	–
5/2/2014		50.000,00	-80.000,00	–	50.000,00
16/2/2014	150.000,00		-230.000,00	–	–
27/2/2014		30.000,00	-200.000,00	30.000,00	–
3/3/2014	80.000,00		-280.000,00	–	–

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

10/3/2014		40.000,00	-240.000,00	40.000,00	-
12/3/2014	70.000,00		-310.000,00	-	-
21/3/2014		20.000,00	-290.000,00	20.000,00	-
31/3/2014	4.621,30		-294.621,30	-	-
	294.621,30				

DATA VALUTA	DARE	AVERE	SALDO PER VALUTA	RIMESSE SOLUTORIE	RIMESSE RIPRISTINATORIE
31/3/2014	294.621,30		-294.621,30	-	-
4/4/2014	120.000,00		-414.621,30	-	-
15/4/2014		240.000,00	-174.621,30	214.621,30	25.378,70
25/4/2014	70.000,00		-244.621,30	-	-
5/5/2014		250.000,00	5.378,70	44.621,30	205.378,70
16/5/2014	150.000,00		-144.621,30	-	-
27/5/2014		130.000,00	-14.621,30	-	130.000,00
3/6/2014	80.000,00		-94.621,30	-	-
10/6/2014		140.000,00	45.378,70	-	140.000,00
12/6/2014	70.000,00		-24.621,30	-	-
21/6/2014		120.000,00	95.378,70	-	120.000,00
30/6/2014	4.124,75		91.253,95	-	-
		385.875,25			

Le tabelle seguenti recano il calcolo degli interessi eliminando l'effetto anatocistico nei limiti di operatività dell'art. 1194 c.c. e, cioè, tenendo conto della prima rimessa solutoria del trimestre successivo.

DATA VALUTA	DARE	AVERE	SALDO PER VALUTA	RIMESSE SOLUTORIE	RIMESSE RIPRISTINATORIE
31/3/2014		20.000,00	20.000,00	-	-
4/1/2014	120.000,00		-100.000,00	-	-
15/1/2014		40.000,00	-60.000,00	-	40.000,00
25/1/2014	70.000,00		-130.000,00	-	-
5/2/2014		50.000,00	-80.000,00	-	50.000,00
16/2/2014	150.000,00		-230.000,00	-	-
27/2/2014		30.000,00	-200.000,00	30.000,00	-
3/3/2014	80.000,00		-280.000,00	-	-
10/3/2014		40.000,00	-240.000,00	40.000,00	-
12/3/2014	70.000,00		-310.000,00	-	-
21/3/2014		20.000,00	-290.000,00	20.000,00	-
31/3/2014			-290.000,00	-	-
	290.000,00				

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

DATA VALUTA	DARE	AVERE	SALDO PER VALUTA	RIMESSE SOLUTORIE	RIMESSE RIPRISTINATORIE
31/3/2014	290.000,00		-290.000,00	-	-
4/4/2014	120.000,00		-410.000,00	-	-
15/4/2014		240.000,00	-174.621,30	210.000,00	30.000,00
25/4/2014	70.000,00		-244.621,30	-	-
5/5/2014		250.000,00	5.378,70	44.621,30	205.378,70
16/5/2014	150.000,00		-144.621,30	-	-
27/5/2014		130.000,00	-14.621,30	-	130.000,00
3/6/2014	80.000,00		-94.621,30	-	-
10/6/2014		140.000,00	45.378,70	-	140.000,00
12/6/2014	70.000,00		-24.621,30	-	-
21/6/2014		120.000,00	95.378,70	-	120.000,00
30/6/2014			95.378,70	-	-
		390.000,00			

Il raffronto conduce al risultato di seguito riportato:

Effetto reale anatocismo	32,82
Effetto eliminazione integrale	91,16
Effetto distorsivo dell'eliminazione	58,34

In altri termini, l'eliminazione integrale dell'effetto anatocistico – senza, cioè, tenere conto del portato dell'art. 1194 c.c. – conduce ad un effetto distorsivo, la cui misura dipende dalla data in cui si colloca la prima rimessa (nel caso di specie, il 15 aprile 2008).

Al proposito si è osservato che *«all'imputazione degli accrediti, in sede di ricostruzione del rapporto di conto corrente, prima ad interessi e spese e poi al capitale. Questa impostazione, seguita per anni dai tribunali piemontesi e di altre regioni (sulla scorta di conforme giurisprudenza della Corte d'Appello di Torino), ultimamente era caduta in disgrazia sulla scorta della considerazione che gli accrediti, nell'ambito del rapporto di conto corrente, non erano stati ritenuti – dalla giurisprudenza di merito – “pagamenti” definitivi e che il saldo passivo del conto corrente (salvo il caso di risoluzione del rapporto) non era da considerarsi un debito. La nuova giurisprudenza della S.C. a Sezioni Unite ha impatto anche su questo aspetto in quanto identificando i “pagamenti” negli accrediti su saldo scoperto o passivo su conto non affidato, elimina i dubbi emersi in proposito. Pertanto, in tutti i casi di*

STUDI E OPINIONI

CONTENZIOSO BANCARIO

scopertura o di saldo passivo su conto non affidato, quantomeno con periodicità trimestrale gli accreditati successivi alla liquidazione delle competenze passive di ciascun trimestre andranno imputati prioritariamente ai relativi addebiti, secondo la disposizione civilistica richiamata»³⁹.

Rimane da chiedersi se – a seguito dell'intervenuta modifica dell'art. 120 T.U.B. – tutte le rimesse debbano essere destinate al preventivo pagamento degli interessi, giacché – per effetto della mancata capitalizzazione degli interessi medesimi – non si produce più la loro metamorfosi in capitale, conservando definitivamente la loro natura.

³⁹ A. TROPINI, Relazione al Convegno “*Derivati, Anatocismo e usura nei contratti bancari – Profili tecnici, civili e penali*”, Università del Piemonte Orientale – Facoltà di Economia Casale Monferrato, 18 febbraio 2011.

RELAZIONI A CONVEGNI

L'UTILIZZO DELLE CLAUSOLE GENERALI NELLA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ PER AZIONI (*)

Viene illustrata la tecnica del ricorso alle clausole generali nella costruzione della disciplina della società per azioni con particolare attenzione ai sistemi caratterizzati dalla coesistenza tra principi generali e regole specifiche.

di ORESTE CAGNASSO

1. Il ricorso alle clausole generali.

Il ricorso alle clausole generali nella costruzione della disciplina delle società per azioni trova ampia applicazione sia negli ordinamenti comunitari sia in quello italiano, anzi si è accentuato con le innovazioni introdotte dalla riforma societaria. Anche la giurisprudenza fa ampio richiamo ai principi generali nell'ambito societario: basti pensare alla correttezza ed alla buona fede o all'abuso del diritto.

Le clausole generali possono variamente atteggiarsi, riguardando la fattispecie o più spesso la disciplina. Sotto il primo profilo può venire in considerazione ad esempio la fattispecie finanziamenti dei soci rilevante ai fini dell'applicazione della regola della postergazione e del rimborso, delineata con riferimento al criterio della ragionevolezza di un conferimento. Così ancora possono distinguersi principi generali che impongono obblighi o divieti individuati coerentemente a determinati parametri (buona fede, correttezza, diligenza, perizia, corretta gestione) oppure che impongono e vietano di raggiungere determinati obiettivi (ad esempio, quelli in tema di bilancio, della chiarezza e della rappresentazione veritiera e corretta). Le clausole generali possono far riferimento a parametri giuridici (ad esempio, ancora, correttezza e buona fede) oppure a parametri extragiuridici desumibili dalle regole dell'economia aziendale (ad esempio, i principi di corretta amministrazione, a cui deve adeguarsi la condotta degli amministratori, o i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, che debbono improntare l'attività di eterodirezione da parte della capogruppo).

(*) Intervento tenuto in occasione del Convegno organizzato a Roma il 10 febbraio 2014 dalla Fondazione Bruno Visentini sul tema: "Il rinnovamento delle infrastrutture giuridiche del sistema Italia".

RELAZIONI A CONVEGNI

CLAUSOLE GENERALI

2. Una classificazione delle clausole generali.

Il carattere elastico di una regola, si diceva, può concernere l'identificazione della stessa fattispecie o l'individuazione della relativa disciplina. Invero si possono riscontrare fattispecie dal carattere rigido o connotate da un grado maggiore o minore di elasticità. Ma è soprattutto l'elasticità nell'individuare la disciplina che costituisce il fenomeno più diffuso e più rilevante. In particolare i comportamenti imposti o vietati possono essere rigidamente individuati oppure presentare caratteri di indeterminatezza o anche di accentuata indeterminatezza. In questo secondo caso le tecniche di costruzione delle regole possono essere varie: i comportamenti imposti o vietati possono essere individuati in funzione delle modalità che debbono essere utilizzate nel porli in essere; o di parametri dal contenuto elastico o che fanno riferimento a criteri extragiuridici, oppure ancora del risultato da raggiungere o da evitare.

Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi gli obblighi o i divieti possono avere per oggetto determinati comportamenti, specificamente tipizzati, oppure i comportamenti che raggiungano o siano idonei a raggiungere un determinato obiettivo.

E' appena il caso di sottolineare come ogni obbligo o divieto sia posto dal legislatore per raggiungere o impedire il raggiungimento di un risultato: però nel caso delle regole di carattere rigido, come si è già osservato, a differenza di quanto avviene con riferimento alle regole funzionalmente orientate, i comportamenti sono tipizzati dal legislatore. Naturalmente varie sono le ragioni per cui quest'ultimo rinuncia ad identificare le condotte ed utilizza il risultato conseguente come strumento di identificazione delle stesse, ragioni che possono essere ricostruite solo con riferimento ai vari contesti normativi ove tale tecnica trova applicazione.

La differenza strutturale tra le regole aventi per oggetto comportamenti - o clausole - tipizzati e le norme funzionalmente orientate assume rilevanza sotto vari profili, sia in sede interpretativa, sia in sede applicativa.

In particolare pare possibile la riconduzione in astratto di un determinato comportamento ad un obbligo o un divieto enucleato in modo rigido, mentre la sua qualificazione come conforme o contrario, rispettivamente, ad un obbligo o a un divieto funzionale, non può che avvenire in concreto. Infatti solo tenendo conto di tutti i caratteri del singolo caso è possibile pervenire alla valutazione della conformità (o difformità) di una condotta a (o da) un obbligo o un divieto che siano individuati attraverso il raggiungimento di un determinato risultato.

Occorre aggiungere che a volte i divieti (o gli obblighi) funzionalmente orientati vengono – dallo stesso legislatore – specificati mediante la costruzione di divieti (o di obblighi) rigidi sul presupposto che un determinato comportamento o risulti idoneo a determinare il risultato vietato (o quello imposto).

RELAZIONI A CONVEGNI

CLAUSOLE GENERALI

3. La coesistenza di principi generali e regole specifiche.

Particolare interesse presenta il caso della sussistenza di “sistemi” caratterizzati dalla coesistenza di principi generali e di regole specifiche.

Si tratta di un meccanismo che sembra di particolare interesse in quanto consente di coniugare la certezza che deriva dalla presenza di norme specifiche con l’elasticità conseguente dall’introduzione di clausole generali adattabili ai singoli casi concreti.

Un esempio particolarmente significativo può essere offerto dalla disciplina del bilancio di esercizio in conformità alle regole interne, ma un discorso in parte analogo vale anche per il bilancio redatto in conformità ai principi contabili internazionale IAR / IFRS. In tal caso non solo coesistono principi generali e regole specifiche ma è lo stesso legislatore a disciplinare le modalità del raccordo tra gli uni e le altre.

4. La coesistenza di principi generali e di norme specifiche in presenza di regole di raccordo tra gli uni e le altre. L’esempio del bilancio.

I principi generali in tema di bilancio di esercizio redatto secondo le norme del Codice Civile costituiscono, a mio avviso, norme funzionalmente orientate che interagiscono con regole di carattere rigido e in alcuni casi con altre norme elastiche o funzionalmente orientate. Infatti la disposizione per cui il bilancio deve essere redatto in conformità ai principi di chiarezza e di rappresentazione veritiera e corretta impone agli estensori del medesimo comportamenti non tipizzati, ma individuabili in funzione del raggiungimento di una serie di obiettivi, espressi appunto da tali principi.

Per contro le regole di struttura dei vari documenti che compongono il bilancio e i criteri di valutazione descrivono comportamenti tendenzialmente tipizzati e specificati.

Il raccordo tra i due sistemi, strutturalmente differenti, è in parte espresso dallo stesso legislatore, che individua la funzione “integrativa” e “derogatoria” dei principi generali. Questi ultimi infatti impongono di adattare le regole rigide al caso concreto, richiedendo in particolare ulteriori informazioni laddove quelle espressamente previste risultassero insufficienti o, in casi eccezionali, obbligando a disapplicare in particolare i criteri di valutazione, ove l’obiettivo della veridicità risultasse compromesso.

Il terzo comma dell’art. 2423 c.c. recita infatti: “se le informazioni richieste da specifiche disposizioni di legge non sono sufficienti a dare una rappresentazione veritiera e corretta si devono fornire le informazioni complementari necessarie allo scopo”.

Come è stato ampiamente sottolineato dalla giurisprudenza, sia della Suprema Corte sia di merito, la chiarezza rappresenta un obiettivo autonomo rispetto a quello della rappresentazione veritiera e corretta, che in ogni caso deve essere perseguito, dato

RELAZIONI A CONVEGNI

CLAUSOLE GENERALI

il fondamentale rilievo del bilancio quale strumento di informazione nell'interesse dei soci, dei creditori, dei terzi e del mercato.

Il terzo comma dell'art. 2423 c.c. prevede poi che, "se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la disposizione non deve essere applicata; la nota integrativa deve motivare la deroga e deve indicarne l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale, finanziaria e del risultato economico; gli eventuali utili derivanti dalla deroga devono essere iscritti in una riserva non distribuibile se non in misura corrispondente al valore recuperato".

Come appare dalla lettura della norma, il legislatore impone la deroga quando sia pregiudicato l'obiettivo della rappresentazione veritiera e corretta in presenza di casi eccezionali. Tale è da intendere in particolare la modificazione della natura economica del bene oggetto di valutazione (non lo sono pertanto né la svalutazione né la presenza di perdite).

Analogo meccanismo, sia pure con i dovuti adattamenti, è previsto per il bilancio consolidato.

I principi di chiarezza e di rappresentazione veritiera e corretta valgono anche infatti per quest'ultimo, naturalmente riferiti alla situazione patrimoniale e finanziaria e al risultato del "gruppo di impresa". Anche in questo caso i principi generali impongono di fornire informazioni supplementari ove quelle richieste da specifiche norme non fossero sufficienti. Anche con riferimento al bilancio consolidato, in casi eccezionali, occorre disapplicare le regole specifiche qualora si pongano in contrasto con gli obiettivi previsti dal legislatore. Naturalmente il tutto deve essere rapportato ai caratteri specifici del bilancio consolidato.

5. La coesistenza di principi generali e di norme specifiche in presenza di regole di raccordo tra gli uni e le altre. L'esempio degli obblighi degli amministratori di società per azioni.

Analogamente nell'ambito del contesto della disciplina della responsabilità degli amministratori, accanto ed oltre ai vari obblighi espressamente previsti, si colloca la regola di portata generale ricavabile dall'art. 2403 c.c., che impone agli amministratori di conformare il proprio comportamento ai principi di corretta amministrazione. Nell'ambito degli stessi vengono poi considerati di particolare rilievo la creazione e l'applicazione di adeguati assetti organizzativi. Pertanto, anche in questo caso, come per il bilancio, il "sistema" complessivo è rappresentato sia da principi generali, sia da regole specifiche. A differenza però di quanto previsto nell'ambito del bilancio di esercizio, mancano regole che prevedano le modalità di coesistenza tra i due gruppi di norme.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLAUSOLE GENERALI

Applicando con i dovuti adattamenti le norme di coordinamento dettate per il bilancio di esercizio si può, in primo luogo, certamente concludere che i principi generali, anche nel caso degli amministratori, hanno una funzione integrativa rispetto alle regole che individuano i singoli obblighi. In altre parole, gli amministratori sono tenuti non solo ad adempiere a questi ultimi, ma anche a quelli desumibili appunto dall'applicazione di principi di corretta amministrazione.

In mancanza di una regola che consente o imponga di derogare alle disposizioni specifiche qualora in singole fattispecie si ponessero in contrasto con i principi generali, penso che questi ultimi possano costituire comunque utili elementi di giudizio per l'applicazione in concreto, riferita alle singole fattispecie, delle norme dettate specificamente dal legislatore nonché per la loro interpretazione.

In conclusione, i principi generali di corretta amministrazione consentono, con riferimento ai singoli casi concreti, di integrare il sistema degli obblighi degli amministratori, di coglierne la portata, di adattarne l'applicazione.

Tale conclusione può assumere un particolare rilievo sotto il profilo interpretativo ed applicativo, offrendo alla dottrina ed in particolare alla giurisprudenza uno strumento per integrare la disciplina relativa ai compiti ed alla responsabilità degli amministratori. Si pensi, solo per fornire un esempio, ai problemi derivanti dall'assenza esplicita di un dovere di vigilanza in capo agli amministratori deleganti avente per oggetto la gestione delegata.

Naturalmente è appena il caso di sottolineare la rilevanza di tali profili all'interno della *governance* della s.p.a..

LE SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

L'Autore, prendendo spunto da un convegno tenutosi il 12 giugno 2013 presso l'Ordine dei commercialisti di Monza, riassume varie problematiche, teoriche e pratiche, connesse alle società in mano pubblica.

di MARCO CASAVECCHIA

0. Premessa

0.1. Per *società (di capitali) in mano pubblica* si possono, genericamente, intendere: a) le società con partecipazione dello Stato; b) le società con partecipazione delle Regioni a statuto ordinario o speciale; c) le società con partecipazione di enti pubblici e, in particolare, con partecipazione di enti locali¹.

0.1.1. Le tre varietà di cui sopra possono poi combinarsi tra di loro. Infatti nulla vieta che una società di capitali sia partecipata, al contempo, dallo Stato, dalle Regioni e da enti pubblici diversi.

0.1.1.1. Le dette società possono, infine, essere a partecipazione pubblica totalitaria ovvero non totalitaria: in questo secondo caso si hanno le c.d. <<società miste>>².

0.1.1.2. Allorquando si hanno società di capitali a partecipazione pubblica totalitaria e che gestiscono certi tipi di *servizi*, si hanno le c.d. *società in house*. Queste, comunque qualunque sia l'ente pubblico titolare del capitale sociale, possono poi gestire servizi propri dell'ente (in tal caso dette società vengono denominate *strumentali* perché sono disciplinate in maniera specifica dall'art. 13 del decreto Bersani e dalla normativa successiva di cui all'art. 4 del dl 95/2012, conv.to nella legge 135/2012) o servizi pubblici a favore di collettività più o meno vaste o, ancora, servizi non aventi rilevanza economica. Rilevano, comunque e soprattutto, quelle che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica (artt. 112 e segg. TU 267/2000 in relazione all'art.

¹ V.nsi, in punto: **F.Galgano**, Trattato di diritto civile, Cedam, 2010, IV, 585 e segg.; **F.Galgano-R.Genghini**, Le nuove società di capitali e cooperative, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F.Galgano, Cedam, 2006, vol. XXIX, tomo I, 735 e segg.; **L.Miotto**, in Commentario breve al codice civile, a cura di **G.Cian** e **A.Trabucchi**, Cedam, 2011, 3004 e segg.; **C.Ruperto**, La giurisprudenza sul Codice Civile, Giuffrè, 2012, sub artt. 2449-2450, 951 e segg., nonché **Appendice 1**, lett. a), nn. 1) e 2) e lett. c).

² V.si bibliografia in **Appendice 1**, sub c).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

86/2 del Trattato CE).

0.1.1.3. Ulteriore specie di società in mano pubblica sono costituite dalle c.d. *società di interesse nazionale* di cui all'art. 2451 cc.

1. Disciplina delle società in mano pubblica secondo il Codice civile prima della riforma del diritto societario (l. delega 3-10-2001, n. 366; d.lg. 17-1-2003, n. 6).

1.1. Le società di cui in premessa (escluse quelle regionali, almeno prima della creazione delle Regioni [l. 10-2-1953, n. 62; l. 17-2-68, n. 108; l. 16-5-1970, n. 281; l. 23-12-1970, n. 1084]) facevano inizialmente parte del diritto societario ed erano disciplinate dagli artt. 2458 (*Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*) e 2461 cc (*Società di interesse nazionale*).

Per le prime (artt. 2458 cc), la *Relazione al Re n. 190*) asseriva:

Il nuovo Codice non poteva ignorare la categoria delle società con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici. Il frequente ricorso allo schema della società per azioni per la creazione di imprese che lo Stato intende sottrarre all'iniziativa privata o gestire in unione con questa riconferma sotto un nuovo profilo la vitalità dell'istituto della società azionaria. **In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente.**

Qualche incertezza peraltro è sorta nella dottrina e nella giurisprudenza per quanto attiene alla posizione degli amministratori o dei sindaci nominati dallo Stato o da altri enti pubblici. Si è ritenuto pertanto opportuno eliminare ogni dubbio al riguardo con una norma particolare affermatrice che gli amministratori e i sindaci così nominati hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi di quelli nominati dall'assemblea (art. 2458).

Tuttavia, per ovvie ragioni di prestigio, ove uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, la presidenza del collegio sindacale viene attribuita ad uno di essi (art. 2460).

(La **grassetatura** di questo e di altri successivi testi trascritti è dello scrivente).

Per le *società di interesse nazionale*, la detta Relazione, al n. 191, così si esprimeva:

Nel vasto panorama delle società per azioni, la recente legislazione speciale ha differenziato particolari categorie di società, che, pur non assumendo la struttura di enti pubblici, assumono tuttavia particolari lineamenti, in quanto

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

investono interessi nazionali particolarmente eminenti.

E' così entrato nel sistema del nostro diritto positivo il nuovo tipo di società di interesse nazionale, **soggetta a una disciplina particolare circa la gestione sociale, l'appartenenza e la trasferibilità delle azioni, la nazionalità degli amministratori, la vigilanza governativa.** L'esempio più notevole di questo nuovo tipo di società è quello delle **banche** di interesse nazionale, regolate dalla legge bancaria 7 aprile 1983, n. 636. **Il nuovo Codice ha ritenuto doveroso fare espressa menzione di questo nuovo tipo di società, pur lasciando alla legislazione speciale ogni più ampia possibilità di disporre in proposito, anche in relazione alla disciplina del diritto di voto. Con ciò resta fermo il principio che, in difetto di deroghe espresse da parte della legislazione speciale, anche le società dichiarate di interesse nazionale sono organicamente soggette alla disciplina generale delle società per azioni contenuta nel Codice.**³

2. Disciplina delle società dopo la riforma del diritto societario

2.1. Con la riforma del diritto societario, gli articoli 2458-2461 cc sono stati riscritti come segue e con i numeri:

2449 (*Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*):

Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.

Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica.

³ V.si: Codice civile. Libro quinto: Del Lavoro. Commentato a cura di **L.Vaccaro e E.Brizzi**, Casa Ed. C.C.Colombo, Roma, 1942. A proposito dell'art. 2451 cc, la Relazione fa corretta applicazione dei principi relativi al rapporto tra *diritto comune* e *diritto speciale*: si applica il primo ovunque non vi sia una esplicita deroga da parte di una *legislazione speciale*.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti.

2451 (*Delle società di interesse nazionale*):

Le disposizioni di questo capo si applicano anche alle società per azioni d'interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti.⁴

2.2. Attualmente –e partendo dal generale- si hanno:

(i) Le società con partecipazione dello Stato di cui all'art. 2449 cc. La locuzione di cui a parte del titolo dell'art. 2449 cc (quella completa: “Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici” si riferisce ad ogni varietà di società in mano, totalmente o parzialmente, pubblica) comprende tutte le società di capitali alle quali lo Stato partecipa come azionista o titolare di quote. Tale locuzione comprende, quindi, anche le società di *interesse nazionale* di cui all'art. 2451 cc se è vero che queste ultime non costituirebbero un “tipo” di società di “diritto singolare”. Detto questo, però, la dottrina avverte che le società di cui agli artt. 2449-2451 cc non sarebbero riconducibili ad una categoria unitaria.

Da qui le varie distinzioni e sottodistinzioni proposte dalla dottrina e/o dalla giurisprudenza:

(a) *società di diritto comune*: quelle che avendo ad oggetto un'attività imprenditoriale (artt. 2082, 2188, 2195, 2247 cc) non strettamente pubblicistica e quindi non caratterizzate da connotazioni tali da essere qualificate come società di interesse nazionale o, ancora, come società *in house*, sono regolate dal comune diritto societario, salvo le poche deroghe di cui all'art. 2449 cc (per le società non quotate: “. . . lo statuto può conferire [allo Stato] la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del Consiglio di sorveglianza, proporzionale al capitale sociale”; mentre: “Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le

⁴ V. **Appendice**¹, sub b). L'art. 2450 cc è stato abrogato dall'art. 3/1 del dl 10/2007, convertito nella l. 46/2007 a decorrere dal 16-2-2007

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti");

(b) società di diritto speciale o anche anomale: tutte le altre che presentano deroghe, a seguito di leggi speciali (ma anche a seguito di indirizzi giurisprudenziali comunitari e nazionali: è il caso delle società *in house*), rispetto al diritto comune;

(c) società di fonte legale e/o di diritto singolare ("quando la disciplina di rango primario o secondario sia dettata ad hoc per specifici enti": così Pirra, Le società per azioni di diritto singolare, 1 e segg.⁵) e società di fonte negoziale.

(i.1) Relativamente a dette società (specie per quelle sub (b) o (c)), merita menzionare la vicenda della *golden share*.

La norma in esame –asserisce Miotto, cit., 3006- posta a disciplina del fenomeno dell'intervento pubblico nell'economia attraverso lo strumento societario (DONATIVI, *R. soc.* 98, 1260), è stata così sostituita dall'art. 13, l. n. 34/2008. Nella versione previgente, introdotta con il d.lgs. n. 6/03, riproduceva le disp. che nella stesura originaria del c.c. figuravano all'art. 2458, con alcune modifiche quali la menzione del consiglio di sorveglianza. L'attuale formulazione consegue alla sentenza resa nelle cause riunite C-463 e 464/04, con la quale la Corte giust. CE ha ritenuto che l'assenza di un numero massimo di amm. designabili direttamente dallo Stato o dall'ente pubblico fosse in contrasto con l'art. 56 n. 1 Trattato, determinando una restrizione dei movimenti di capitali tra gli Stati membri in conseguenza del disincentivo a investire nelle soc. a partecipazione pubblica (per la rimessione degli atti alla corte di giustizia, T.A.R. Lombardia, ord. 13-10-2004, *F. it.* 05, III, 34 nt. FRACCHIA; DEMURO, *G. comm.* 08/II, 576; CAVAZZA, *NLCC* 09, 393ss.). Gli azionisti pubblici potevano, in effetti, partecipare ai c.d.a., influenzando l'attività della soc. senza vincolo di proporzione con l'investimento effettuato. Era rara, peraltro, l'applicazione da parte dello Stato, che soleva comunque giovare di partecipazioni di controllo (cfr. CAGNASSO - IRRERA, *SOC. di capitali*, 22; GALGANO, *Tr. Galgano*, VII, 491; Trib. Cassino 12-4-1991. *R. not.* 91, 1432); più frequente, invece, era il ricorso alla norma nelle finanziarie regionali (come evidenzia FRANZONI, *Società per azioni, Comm. SB*, 197). L'esigenza di porre termine a tale fenomeno, prestando osservanza all'art. 56 Trattato CE ha indotto ad abolire la c.d.

⁵ In Miotto, cit., 3005.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

golden share nelle s.p.a. partecipate dallo Stato o da enti pubblici che non ricorrono al mercato del capitale di rischio, introducendo limiti alla nomina di amm., sindaci, consiglieri di sorveglianza e omettendo di riprodurre il precedente inciso che faceva salve le diverse disp. di leggi speciali (PANINI, *Rif. soc. Sandulli-Santoro*, art. 2449, 1039; CAVAZZA, *NUOVO dir. soc. Maffei Alberti*, artt. 2449-2450, 1707, 1709). Ai sensi del I co. dell'attuale art. 2449, la prerogativa statutaria di nomina di membri dell'organo di governo o controllo deve essere proporzionale alla partecipazione al capitale. Si attenua, con ciò, la ragione principale dalla quale si arguiva la specialità delle soc. a partecipaz. pubblica rispetto alle s.p.a. ordinarie (per l'antica disquisizione cfr. SCOGNAMIGLIO, *F. amm.* 84,I, 569; CAGNASSO - IRRERA, 18ss.; ROVERSI MONACO, *RDCi* 68, I, 258; PERICU, 1292s., 1302s.: CAVALLI, *ibidem*: CIRENEI, 134SS.). La soluzione prescelta è peraltro oggetto di critiche in quanto di dubbia conformità ai precetti comunitari. In particolare, a fronte della possibilità che l'ente pubblico concorra, nell'esercizio dell'ordinario diritto di voto, a designare altresì i membri di nomina ass., si sono prefigurate due possibili interpretazioni: l'una, enucleando una nozione forte di proporzionalità, preclude il voto ass. che porti di fatto alla violazione di tale parametro; l'altra tiene distinti il potere speciale *ex art.* 2449, che deve essere proporzionale, e i diritti che lo Stato o l'ente pubblico possono ordinariamente acquisire in quanto azionisti di maggioranza, tra i quali diritti vi è - e rimane - la possibilità di nominare tutti i membri degli organi di governo e controllo (sul tale discussione v. IBBA, *Le società a partecipaz. pubblica*, 7ss.; GHEZZI-VENTORUZZO, *R. soc.* 08, 699ss.; DEMURO, 592). Per le 2 soc. che ricorrono al mercato del capitale di rischio. l'ult. co. dell'art. in commento rinvia all'art. 2346, 6° co., generando plurimi dubbi interpretativi. Dall'art. 13, l. n. 34/08 (recante la disciplina transitoria) si desume che gli strumenti finanziari partecipativi, da emettere a titolo gratuito (GHEZZI - VENTORUZZO, 706), devono essere non trasferibili e condizionati alla persistente partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, e devono incorporare il diritto di designazione diretta di un componente indipendente dell'organo di amministrazione o controllo (solo tale diritto, secondo CORRADI, *G. comm.* 08/II, 946; *contra* GHEZZI - VENTORUZZO, 705). In alternativa, i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici possono essere rappresentati da una particolare categoria di azioni, fermo anche in tal caso il persistente, seppure inespreso, limite della proporzionalità (GHEZZI - VENTORUZZO).

(Per i più recenti indirizzi normativi in ordine alla *golden share*, v.si nota 7).

(i.2) Controversa è, poi, l'applicazione dell'art. 2449 cc alle società a responsabilità limitata: ammessa da alcuni e negata da altri.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

(ii) Le *società di interesse nazionale*: sono quelle dichiarate tali da leggi speciali (tesi maggioritaria) o, comunque, “. . . quelle che per il fatto di svolgere attività pubbliche sono soggette ad una specifica disciplina in ordine alla gestione, trasferibilità delle azioni, diritto di voto e nomina di amministratori, sindaci e dirigenti” (tesi minoritaria)⁶.

“Di fatto –dice **Miotto**- sono a partecipazione pubblica, ma potrebbero essere tali anche se a partecipazione privata, visto che è di interesse nazionale l’attività, non la componente soggettiva di chi la pone in essere.

D’altra parte non ogni società a partecipazione pubblica è di interesse nazionale, dovendo quest’ultimo essere mantenuto distinto dall’interesse pubblico e identificato piuttosto quale interesse specifico così generale da abbracciare l’intera collettività”⁽⁷⁾. Erano tali le banche (art. 35 l. 141/38) prima della loro privatizzazione avvenuta nel 1993, le società che gestivano le linee marittime di preminente interesse nazionale (art. 1 l. 600/72; legge comunque oggi abrogata). Attualmente sono ritenute società di interesse nazionale: la RAI, la Società finanziaria della Regione Sardegna (art. 29 l. 588/1962), il Sincrotrone Trieste (art. 10 l. 370/99), le società di navigazione esercenti linee di preminente interesse nazionale di cui al r.d.l. 2081/1936, le società di cui alla l. 474/91, le società controllate dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e di altri servizi pubblici, il Poligrafo e Zecca dello Stato”.

(ii.1) Le società di *interesse nazionale* non costituiscono comunque un tipo di società diverso da quello previsto dall’art. 2449 cc e sono soggette alla procedura della liquidazione coatta amministrativa a sensi degli artt. 194 e segg. della L.F.⁷

(ii.1.1) “Dato –dice ancora **Miotto**- lo scarso contenuto derogatorio delle norme speciali, la società d’interesse nazionale non è un tipo e non è società di diritto singolare per quanto vi sia una dottrina diversamente orientata. In considerazione dell’importante attività svolta, il legislatore ammette deviazioni dalla disciplina comune ulteriori rispetto all’art. 2449; gli artt. 2325 ss. si applicano perciò compatibilmente

^{6 7} **Miotto** cit., 3009.

⁷ **Miotto**, cit., 3010. Per l’esercizio di poteri speciali (*golden share*) v.nsi **Appendice 1**, lett. a); DPCM 10-6-2004, n. 14.625 (G.U. 16-6-2004, n. 139), DPCM 20-5-2010, n. 45.711 (GU 21-5-2010 n. 117), dl 15-3-2012, n. 63, convertito nella l. 11-5-2012, n. 56 (*Nome in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni*).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

con tali deroghe, ma restano pur sempre la regola (**ROSSI**, Tr. Rescigno, 223). L'attribuzione tramite un provvedimento amministrativo della qualifica di società d'interesse nazionale non implica di per sé l'applicabilità dell'art. 2451, con conseguente riconoscimento del potere di nomina di amministratori e sindaci all'ente pubblico che vigila nel settore in cui la società opera, perché tale norma richiede un'espressa previsione di legge in tal senso, anche per le società dichiarate di interesse nazionale (**ROSSI**, *ibidem*; contra **GALGANO**, 493). La particolare disciplina delle materie indicate nell'articolo in commento richiede una legge speciale e non può perciò essere introdotta dall'autonomia statutaria neppure quando il diritto comune della s.p.a. lo consentirebbe (**VISENTINI**, 1317s)".

(iii) le società a partecipazione regionale. Sono tali, ad esempio, le società finanziarie regionali ritenute <<società organo>>, di cui si dirà in seguito. Queste sono previste dall'art. 10 della l. 16-5-70, n. 281, da numerose leggi delle Regioni a statuto speciale e ordinaria, dall'art. 154 del TUIR ecc.⁸.

(iv) le società di enti pubblici e, in particolare degli enti locali.

3. Le società in house

3.1. La varietà delle società in house, che attraversa tutte quelle menzionate sub 2 (anche se, di fatto, viene in rilievo soprattutto a livello locale, incluse le società finanziarie regionali se ed in quanto partecipate dalla sola Regione), si distacca dal "tipo" di cui agli artt. 2449-2451 cc. Infatti –e come vedremo più oltre- dette società cessano di essere società di diritto comune per diventare, sostanzialmente, degli enti pubblici (economici o non a seconda dell'attività svolta) modellati a somiglianza delle società di capitali o, come forse meglio è stato detto, per diventare delle <<società organo>>.

3.1.1. Le società <<in house>>, al fine di essere considerate legittime, dovevano (sino alla sent. c.d. *Tragsa*), avere cumulativamente, le seguenti caratteristiche: (1) che l'ente affidante il servizio pubblico in senso ampio fosse titolare della totalità delle azioni o delle quote di tale società; (2) che lo statuto della società affidataria non prevedesse la cessione di azioni o quote a privati; (3) che il detto statuto non prevedesse poteri gestionali in capo al consiglio di amministrazione sottratti al controllo dell'ente pubblico affidante; (4) che sussistesse praticamente un controllo gerarchico da parte dell'ente pubblico affidante (ad esempio: tramite un <<contratto di servizio>> che predeterminasse le modalità di gestione dell'incarico affidato senza gara; tramite

⁸ V.si **F.Galgano-R.Genghini**, cit., 749 e segg..

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

relazioni continue da parte dell'ente affidatario ai soggetti responsabili dell'ente pubblico affidante)⁹; (5) che l'ente affidatario <<[realizzasse] la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllavano>>. Non solo: (6) proprio la sentenza *Teckal* aveva esteso le conclusioni di cui sopra (divieto di affidamento in house) anche ai consorzi pubblici (nel caso esaminato da tale sentenza, il Comune di Viano aveva affidato all'AGAC-consorzio costituito da diversi comuni, tra i quali il comune di Viano, la gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali), affermando (7) che una norma che escluda l'applicabilità delle direttive sugli appalti pubblici qualora anche l'ente affidatario sia esso pure un'amministrazione aggiudicatrice (nel caso trattavasi dell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE del 18-6-1992) non vale a rendere legittimo l'affidamento a trattativa privata: (<<Si deve peraltro osservare- punto 45 della sentenza *Teckal*-che tale constatazione non pregiudica l'obbligo di queste ultime di applicare a loro volta le procedure di gara previste dalla direttiva ...>>). La sentenza *Auroux* aveva precisato poi (8) che non vi era intercambiabilità fra concorrenza <<a valle>> e concorrenza <<a monte>>. Ulteriori limiti erano stati individuati (9) nella presenza di norme statutarie delle società affidatarie che prevedessero <<in futuro>> cessioni di azioni o quote a soci privati¹⁰; (10) nella possibilità dell'espansione territoriale fuori dell'ambito territoriale dell'ente pubblico affidante (sentenza *Parking Brixen*); (11) nella presenza di più enti pubblici proprietari delle società affidatarie¹¹ ovvero nella presenza di una holding che facesse da filtro tra gli enti affidanti e la società affidataria sicché il potere di controllo di fatto si vanificasse (v.si la sentenza *Carbotermo*). Infine, e sul piano probatorio, la giurisprudenza comunitaria aveva affermato che (12) l'onere di dimostrare l'insussistenza di divieti all'obbligo delle gare pubbliche spettasse agli enti aggiudicatori che si fossero avvalsi dell'istituto dell'*in house providing*. E ciò senza

⁹ Sul c.d. <<contratto di servizio>>, v.si: **Capanzani**, Contratto di servizio ed affidamento *in house*, Riv. it. di dir. comunitario, Giuffrè, 2004, 801 e segg.

¹⁰ Requisito, questo, poi abbandonato dalla giurisprudenza comunitaria (v.si sent. Corte giust. CE, 10-9-2009, C-573/07, *SEA*, di seguito trascritta in parte).

¹¹ La presenza di più enti pubblici detentori del capitale sociale non era di per sé ostativa alla legittimità delle società in house. Occorreva però che i soci di minoranza potessero ottenere dalla società gli stessi servizi dei soci di maggioranza, senza che questi ultimi potessero porre alcun divieto a ciò (v.si, in punto e per tutte, la sent. **Tragsa** citata nella nota che segue. V.si la puntuale ricostruzione della vicenda in **Diana-Urania Galetta**, Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale, par. 3.5 e 3.6, lett. c), in Riv. it. di diritto pubblico comunitario, 1/2007, pagg. 17 e segg.).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

considerare, sul piano della giurisprudenza nazionale, la sentenza Zètema (Cons. Stato, VI, 3 aprile 2007, n.1514) per la quale addirittura per l'affidamento in house occorre una specifica norma che lo prevedesse, mentre la sentenza "Catania Multiservizi" (C.G.A Sicilia: 4-9-07, n. 719) aveva asserito: <<La sussistenza del c.d. "controllo analogo" che, secondo la giurisprudenza comunitaria (v.si, per tutte, sent. Corte di Giustizia CE del 18 novembre 1999, causa Teckal, C-107/98) è necessario per l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società [. . .], richiede: a) il possesso dell'intero capitale azionario (che tuttavia da solo è condizione necessaria, ma non sufficiente a determinare il controllo analogo); b) il controllo del bilancio; c) il controllo sulla qualità della amministrazione; d) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti, sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione; e) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali. E' quindi necessario a tal fine che si realizzi quello che è definito un "controllo strutturale" e questo non può limitarsi agli aspetti formali relativi alla nomina degli organi societari ed al possesso della totalità del capitale azionario>>. Il che rendeva praticamente rari i casi legittimi di affidamento in house se si considera che già secondo la giurisprudenza comunitaria sarebbero inefficaci le norme di cui all'art. 113/5, lett. b) e c) del TU 267/2000 e norme simili se non interpretate in maniera coerente con i principi comunitari. E' noto, poi, che il Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia aveva disapplicato l'art. 113/5 lett. b) del TU 267/2000 (che prevedeva <<società miste>> nelle quali il socio privato fosse stato con gara)¹².

¹² Quanto sopra riassunto è frutto della disamina delle seguenti sentenze della Corte di Giustizia CE: (1) **Teckal** del 19-11-99, in causa C-107/99; (2) **Teleaustria** del 7-12-2000, C-324/99; (3) **Stadt Halle** dell'11-1-2005, C-26/03; (4) **Coname** del 21-7-2005, C-231/05; (5) **Parking Brixen** del 31-10-05, C-458/03; (7) **ANAV** del 6-4-06, C-410/04; (6) **Modling** del 10-11-2005, C-29/04; (8) **Carbotermo** dell'11-5-2006, C-340/04; (9) **Auroux** del 18-1-07, C-220/05; (10) **Tragsa** del 19-4-07, C-295/05; (10) **Correos** del 18-12-07, C-220/06; (11) **Frigerio** del 18/12/0, C-357/06 (che, però, dichiara illegittime disposizioni tipo l'art. 113, comma 5, lett. a) del TU 267/2000. Infatti: <<L'art. 26, nn. 1 e 2, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE, osta a disposizioni nazionali (nella specie si trattava dell'art. 113, comma 5, lett. a), del D.Lgs. n. 267 del 2000 e s.m.i.), che impediscono a candidati od offerenti autorizzati, in base alla normativa dello Stato membro interessati, ivi compresi quelli costituiti in raggruppamenti di prestatori di servizi, di presentare offerte nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi il cui valore superi la soglia di applicazione della direttiva 92/50, soltanto per il fatto

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

*che tali candidati od offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali>>. (La questione era stata sollevata dal TAR Lombardia, Mi, III, ord. 21-7-2006, 117: v.si, di **Barbieri**, Sull'affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società di persone, Riv. it., dir. pubbl. comunitario, 2006, 1164).*

Vanno, poi, ancora rammentate le pronunce della **Corte di Giustizia CE**, III, 29-11-2007, C-119/06 e Grande Sezione, 18-12-2007, C-532/03 sui <<servizi trasporto malati con ambulanza>>, nonché quella del 31-1-2008, IV, C-380/C. (**L'assegnazione delle frequenze Tv in Italia ostacola la libera prestazione dei servizi**. <<Il principio della libera prestazione di servizi –si asserisce nella citata sentenza- affermato nel trattato Ce, e le direttive comunitarie in materia di reti e di servizi per la comunicazione elettronica impediscono l'applicazione di un sistema che, come quello italiano, non consente al titolare di una concessione per la trasmissione televisiva di trasmettere e quindi di prestare un servizio, a causa della mancata assegnazione delle frequenze da parte delle autorità amministrative nazionali. Un sistema che limita il numero di operatori presenti sul mercato e consolida la posizione degli operatori già attivi nel settore delle trasmissioni televisive, senza applicare criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati per la concessione delle autorizzazioni, è un ostacolo alla libera prestazione dei servizi>>: sulle **telecomunicazioni**, v.si: **Montero**, L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?, Riv. it. di dir. comunitario, Giuffrè, 2003, 427 e segg.; **Mastroianni**, Radiotelevisioni, Trattato di dir. amm. europeo (a cura di M.P.Chiti e G.Greco), parte spec., III, 1599 e segg.; **Salerno**, Telecomunicazioni e autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario e organizzazione amministrativa interna, Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2003, 679 e segg.).

Sempre in ordine alle società <<in house>>,v.si la sentenza del **Consiglio di Stato, AP**, n. 1 del 3-3-08 che, in risposta ai quesiti posti dalla sez. V (23-10-2007, n. 5587), ha confermato gli indirizzi comunitari sulle dette società anche per il servizio <<della gestione dell'assistenza domiciliare territoriale>>, chiarendo che il modello della società mista non è riconducibile all'*in house providing* (<<Deve escludersi –dice la sentenza- in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*. Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico-privato (Ppp), la cui codificazione risale al Libro verde della Commissione Ce relativo al Ppp e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni . . . omissis . . . I requisiti dell'*in house providing* (controllo analogo e strumentalità del rapporto fra attività d'impresa ed esigenze pubbliche) vanno interpretati restrittivamente. La sussistenza del controllo analogo è esclusa in presenza di un socio privato. La partecipazione pubblica totalitaria, tuttavia, è condizione necessaria, ma non sufficiente. Occorre anche l'influenza determinante del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti>>) in Guida al diritto n. 12/2008, 87 e segg. V.si, per un primo commento: **Bonura e Caruso**, in "Guida al diritto", n. 12/2008, 99 e segg. Secondo tali autori <<. . . la

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

3.1.2. La nozione di società in house è divenuta meno restrittiva alla luce delle seguenti successive pronunce.

(a) Sent. Corte Giustizia CE del 13-1-2008, C-324/07 (c.d. sent. *Coditel*) per la quale:

1) Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano a che un'autorità pubblica assegni, senza bandire una gara d'appalto, una concessione di servizi pubblici a una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, dal momento che dette autorità pubbliche esercitano su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società in parola svolge la parte essenziale della sua attività con dette autorità pubbliche.

2) Con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio dei fatti rispetto al margine di autonomia di cui fruisce la società in causa, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statuari di detta società composti di rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere

pronuncia dell'Adunanza plenaria consente di risalire (anche se in taluni casi solo per via indiretta) alla formulazione di talune rilevanti conclusioni: 1) il requisito del "controllo analogo" non è soddisfatto dalla sola partecipazione pubblica totalitaria. Occorre, da parte del socio pubblico, una capacità di influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti della società *in house*; 2) la sussistenza del requisito del "controllo analogo" va ricostruita restrittivamente in relazione al singolo caso concreto e tenendo conto che l'esito finale deve essere comunque quello di escludere che tra ente affidante e società affidataria vi sia una estraneità sostanziale; 3) la fattispecie dell'affidamento *in house* è certamente incompatibile con la presenza, nel capitale della società affidataria, di un soggetto privato. La presenza di un soggetto privato, infatti, determina il configurarsi del diverso fenomeno del partenariato pubblico privato (Ppp); 4) la società mista rappresenta un'ipotesi di partenariato pubblico privato di tipo "istituzionalizzato", in cui, cioè, il settore pubblico e quello privato cooperano in seno a un'entità distinta; 5) il socio privato va comunque prescelto mediante procedura a evidenza pubblica (sul punto, si veda, da ultimo, anche Consiglio di Stato, sezione V, 4 marzo 2008, n. 889); 6) allo stato, pur non essendo possibile indicare un modello univoco che renda legittimo l'affidamento diretto a società miste, non è nemmeno possibile escludere *a priori* tale legittimità, specie ove ricorrano i presupposti indicati dalla seconda sezione del Consiglio di Stato nel più volte citato parere 456/2007>>.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi.

3) Qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza.

(b) Sent. Cons. St., V, del 9-3-09, n. 1365, per la quale:

In sintesi, il requisito del controllo analogo non sottende una logica “dominicale”, rivelando piuttosto una dimensione “funzionale”: affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un “controllo” della governance societaria. La tesi contraria, sostenuta nella fattispecie dal T.a.r. della Campania, si imbatte d'altronde in alcune insuperabili aporie, conducendo, da un lato, all'inevitabile illegittimità, in ipotesi, di tutti gli affidamenti diretti da parte degli enti pubblici che non siano – o, si badi bene, non siano più - soci di maggioranza (con l'ulteriore conseguenza che, per tutti gli altri affidamenti, i soci di minoranza dovrebbero comunque procedere ad indire gare pubbliche) e risolvendosi, dall'altro lato, in una non condivisibile lettura del fenomeno della privatizzazione dell'attività amministrativa, ossia del ricorso, per finalità pubbliche, agli istituti del diritto privato; al riguardo, non può invero obliterarsi che l'attività delle società-organo, come quelle affidatarie in house di servizi pubblici, rimane un'attività “funzionalizzata”, rispetto alla quale la “forma” degli strumenti giuridici utilizzati non rileva in sé, risultando invece finalizzata al miglior conseguimento degli scopi legali dell'amministrazione (che, nella fattispecie, consistono nell'esercizio associato di un servizio pubblico).

(c) Sent. della Corte di Giustizia CE del 10-9-2009, C-573/07 (sent. *Sea*) per la quale:

Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza, così come l'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che svolge sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

Qualora, al momento dell'affidamento dell'appalto, il capitale della società affidataria sia interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice (da sola o con altre autorità pubbliche), l'apertura a investitori privati del capitale della società può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

Nel caso in cui varie autorità pubbliche detengono una società cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità hanno sulla società stessa può essere esercitato congiuntamente.

In ipotesi di affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico – fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle specifiche disposizioni statutarie – **il controllo** esercitato dagli enti azionisti sulla detta società **può essere considerato analogo** a quello svolto sui propri servizi **nel caso in cui: a)** l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti, è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi e si svolge tramite organi statuari composti da rappresentanti di detti enti; **b)** questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

Non solo: in detta sentenza (e trattasi di un'affermazione di grande rilievo) si legge:

L'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società aggiudicataria diretta di un servizio pubblico può essere esercitata tramite organi statuari composti da rappresentanti degli enti soci quali strutture decisionali **NON ESPLICITAMENTE PRESCRITTE DAL DIRITTO SOCIETARIO**" (l'enfasi grafica è dello scrivente)¹³.

¹³ La sentenza Corte Giustizia CE, II, 10-9-2009, C-573/07 è pubblicata in Foro Amm.vo, C. di S., n. 10/2009, 2233 e segg. con nota di **Morzenti - Pellegrini**, Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo <<analogo>> esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali <<extra codicistiche>>, 2246 e segg.. La stessa è, altresì, pubblicata in "Urbanistica e Appalti", 1/2010, 38 e segg., con commento di **Volpe**, sintetizzato dall'Autore (pag. 43) come segue: "La Corte di Giustizia europea, con la sentenza in commento, continua l'opera di rifinitura dell'istituto dell'in house providing. Frattanto, anche a seguito della recente ulteriore riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui all'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, l'istituto, in attuazione del principio di concorrenza, assume sempre di più carattere derogatorio ed eccezionale rispetto al sistema ordinario dell'evidenza pubblica".

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

(d) Con la sentenza del 29-11-2011, C 182 e 183-2011, la Corte di Giustizia ha asserito quanto segue:

Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, **la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme di diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, E' SODDISFATTA QUALORA CIASCUNA DELLE AUTORITÀ STESSE PARTECIPI SIA AL CAPITALE SIA AGLI ORGANI DIRETTIVI DELL'ENTITÀ SUDETTA.**¹⁴

Detto Autore, però, rileva: “*Il diritto interno va in controtendenza rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'in house, nella materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, diviene eccezionale e derogatorio (art. 23 bis, commi 3 e 4, del D.L. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008). In altri casi all'in house vengono cambiati i connotati rendendoli più restrittivi. Il richiamo è all'art. 19, comma 5, del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, che richiede, nei confronti dell'amministrazione controllante, non più la prevalenza dell'attività ma la quasi esclusività. Solo in un altro settore l'in house è specificamente ammesso dalla medesima disciplina comunitaria e con una peculiarità. Si tratta del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e ferrovia, in vigore dal 3 dicembre 2009, il quale (all'art. 5, paragrafo 2) consente, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'in house anche se non vi è la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente; ma sempre a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri*”.

V.si, altresì, il commento di **Giorgio**, L'in house pluripartecipato e il caso SEA, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2/2010, 129 e segg..

¹⁴ La sentenza – che costituisce una novità rispetto alla precedente decisione *Coditel* (che esige il controllo congiunto “*deliberando, eventualmente, a maggioranza*”) – precisa che: “27. Secondo una costante giurisprudenza, sussiste un <<controllo analogo>> quando l'entità di cui trattasi è assoggettata a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità (citate sentenze *Parking Brixen*, punto 65; *Coditel Brabant*, punto 28, e *Sea*, punto 65). In altri termini,

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale e funzionale (sentenza Commissione/Italia, cit., punto 26). La Corte esige altresì che tale controllo sia effettivo (sentenza Coditel Brabant, cit., punto 46).

28. Ai sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il <<controllo analogo>> può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (v., in tal senso, citate sentenze Coditel Brabant, punti 47 e 50, nonché Sea, punto 59).

29. Da ciò consegue che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette (sentenza Sea, cit., punto 63).

*30. Date tali premesse, non vi è dubbio che, ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, **il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto.***

31. Infatti, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del <<controllo analogo>> sull'entità in questione (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2005, Coname, C-231/03 in Racc. pag. I-7287, punto 24).

32. Ne consegue che, nei procedimenti principali, spetta al giudice del rinvio verificare se la sottoscrizione, da parte del Comune di Cagno e del Comune di Solbiate, di un patto parasociale che conferisce loro il diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un consigliere di amministrazione in accordo con gli altri enti interessati dal patto suddetto sia idonea a consentire a tali comuni di contribuire effettivamente al controllo della ASPEM.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

(e) Va ancora ricordato che, secondo la Corte Costituzionale (sent. 20-11-2009, n. 307):

E' costituzionalmente illegittima la disposizione regionale che, in difformità dalla disciplina statale di settore, impone la separazione non coordinata tra la gestione della rete e l'erogazione del servizio idrico integrato, per violazione della competenza esclusiva attribuita dall'art. 117, comma 2, lett. p), della Costituzione al legislatore statale in materia di funzioni fondamentali dei Comuni.

Non è in contrasto con la Costituzione la disposizione regionale che, con riferimento all'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, compreso il servizio di erogazione idrica, consente, in parziale difformità dalla disciplina statale, solo l'affidamento mediante gara pubblica, essendo consentito alla Regione dettare norme che tutelano più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato.

(f) La giurisprudenza nazionale si è, più o meno, adeguata a quella comunitaria.

Si segnalano, sul punto: (1) Cons. St., V, 31-3-2009, n. 5082 (in caso di più enti titolari del capitale sociale basta che il controllo sia deliberato a maggioranza); (2) Cons. St., V, 3-2-2009, n. 591 (sarebbe illegittima secondo il diritto comunitario la società in house titolare di un affidamento diretto allorquando entri nella compagine sociale un privato, anche con partecipazione minoritaria: (le due sentenze, assieme a quella della sez. V, 9-3-2009, n. 1365 [già sopra citata] vengono commentate da I.Rizzo, in "Urbanistica e Appalti" cit., pagg. 1345 e segg.); (3) Cons. St., V, 28-8-2009, n. 5082 (*"Qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando eventualmente anche a maggioranza. Per un legittimo affidamento in house è necessario che il consiglio di amministrazione della società affidataria non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante eserciti, pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria, sicchè è indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci"*) (così in massima, pubblicata in "Il Foro Amministrativo. C.d.S.", n. 7-8/2009, pagg. 1739 e

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

segg.)¹⁵; (4) Cons. St., VI, 11-1-2013, n. 122 (“*Nell’ambito delle società pubbliche, occorre distinguere le società che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa. Le prime sono assoggettate, in linea di principio, allo statuto privatistico dell’imprenditore, le seconde allo statuto pubblicistico della pubblica amministrazione. Per stabilire quando ricorre l’una o l’altra ipotesi, occorre aver*

¹⁵ Si segnala altresì, per la sua rilevanza, la sent. della Corte di Giustizia CE, IV, 23-12-2009, C-308/08 (*CoNISMa*) per la quale:

Le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, n. 2, lett. a), e 8, primo e comma 2, che si riferiscono alla nozione di "operatore economico", devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi. Pertanto, tale direttiva deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale (nella specie il d.lg. n. 163/06) che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

L'ammissione delle università, degli istituti di ricerca e dei loro raggruppamenti alla partecipazione ad appalti pubblici potrebbe violare il principio della concorrenza sotto un duplice profilo. Da un lato, essa rischierebbe di sottrarre al libero mercato quote di appalti pubblici ai quali un numero non irrilevante di imprese ordinarie avrebbe, di fatto, difficoltà di accesso. Dall'altro, essa collocherebbe ingiustamente l'affidatario in una posizione di privilegio che gli garantirebbe una sicurezza economica attraverso finanziamenti pubblici costanti e prevedibili di cui gli altri operatori economici non possono beneficiare. Tuttavia, un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» che fosse legata alla collocazione stabile di quest'ultimo «sul mercato» e che impedisse quindi alle università, agli istituti di ricerca e ai loro raggruppamenti di partecipare a gare d'appalto sarebbe gravemente pregiudizievole per la collaborazione tra entità pubbliche e private, nonché tra attività di ricerca e attività d'impresa, e, in definitiva, rappresenterebbe una restrizione della concorrenza.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

riguardo: 1) alle modalità di costituzione; 2) alla fase dell'organizzazione; 3) alla natura dell'attività svolta; 4) al fine perseguito”) (5) Cons. St., V, 30-1-2013, n. 570 (“Una società privata può qualificarsi quale organismo di diritto pubblico se sussistano cumulativamente le seguenti condizioni: 1) sia istituita per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) sia dotata di personalità giuridica; 3) la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure alternativamente la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure, ancora alternativamente, il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà sia designata dallo Stato, da dagli enti pubblici o da altri organismi di diritto pubblico”.

3.2. Le società in house sono coinvolte dall’art. 4 del dl 95/2012, conv.to nella l. 135/2012 (art. 4). Infatti, da una parte, tale articolo esclude l’applicazione del comma 1 (relativo alle società *strumentali* di cui all’art. 13 del decreto Bersani) per “... le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica...” (comma 3), dall’altra, ribadisce che: “A decorrere dal 1° gennaio 2014 l’affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Sono altresì fatte salve le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore a 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, degli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, delle associazioni sportive dilettantistiche di cui all’articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, delle organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e delle cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381”.

4. Le società <<miste>>

Come già accennato in premessa (sub 0.1.1.1.), fanno parte delle società di cui agli artt. 2449-2451 cc anche le *società miste* e cioè quelle società partecipate da soggetti privati assieme a soggetti pubblici (c.d. partenariato pubblico privato: v. **Appendice 1**, lett. c).

4.1. Tali società sono previste a livello comunitario (“Libro Verde”; Corte giust.CE, 15-10-2009, C-196/08, Urb. e App. 2010, 156; Comunicazione interpretativa della Commissione sull’aggiudicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), in GUCE, 12 aprile 2008, C/81/4) e a livello della giurisprudenza italiana (v.si, per tutte Cons. St, AP

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

3-3-08, n. 1, in Urb. e App., 2/2010, 1008; **R. Rorigliano**, Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea, in Urb. e App., 2008 1018-1019).

Merita trascrivere la massima della sent. Corte Giust. CE, III, 15-10-2009, causa C 196/08, per la quale:

Gli artt. 43, 49 e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti ai principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni nonché quella della Plenaria n. 1/2008 per la quale:

Il modello della società a capitale misto pubblico - privato, che non va confuso con quello dell'in house providing, è visto con favore a livello comunitario, dal momento che consente alla pubblica amministrazione di acquisire know how e una gestione più manageriale. **Tuttavia, il ricorso allo strumento della società mista si può prestare ad abusi**, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva. Tale regola è espressione dei principi del Trattato dell'U.E.; ossia del principio di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento, tutti principi direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario. Inoltre, la messa in concorrenza è attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, le quali, ai sensi dell'art. 97 della Cost., devono guidare tutta l'azione dell'amministrazione.

Pur non essendo elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo, la legittimità dell'affidamento alla società mista va valutato alla stregua dei principi già affermati dal Consiglio di Stato in sede consultiva (III, n. 456/07). Applicandoli al caso di specie, l'affidamento del servizio alla società mista risulta illegittimo perché:

a) i soci sono stati scelti alcuni anni prima dell'affidamento del servizio alla società mista;

b) né l'originario statuto della società mista né gli atti della gara preordinata alla scelta dei soci privati hanno previsto la possibilità di estensione dell'attività della società

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

stessa nell'ambito dell'ente pubblico affidante;

e) la scelta dei soci è stata effettuata da amministrazione diversa da quella che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito una percentuale del capitale della società solo alcuni anni successivi alla costituzione di quest'ultima;

d) la società mista non è stata appositamente costituita solo per quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento;

e) nella società mista non vi è il socio operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio ma tre tipi di soci: finanziari, del settore sanitario e del settore non sanitario;

f) nella gestione del servizio, di tipo sanitario, affidato alla società mista sono coinvolti indifferentemente tutti i soci, e quindi anche quelli non del settore sanitario e quelli finanziari;

g) l'oggetto sociale della società mista è variegato e di ampie dimensioni.

5. La normativa sub 2, di carattere generale, va integrata con quella: (a) sulle *cause di ineleggibilità e decadenza* di amministratori e sindaci di società in mano pubblica (artt. 1, comma 734, della l. 27-12-2006, n. 2963; 3, comma 32 bis, della l. 24-12-2007, n. 244); (b) sulla *revoca con e senza giusta causa e giustificato motivo* (art. 17 del d.l. 1-7-2009, n. 78, convertito nella l. 3-8-2009, n. 102); (c) sulla *prorogatio alla scadenza* (artt. 2385, secondo comma, cc; 2400, primo comma, cc; 1-3 del d.l. 16-5-1994, n. 293, convertito nella l. 15-4-1994, n. 444); (d) sul *numero degli amministratori* (artt. 1, comma 729, della l. 27-12-2006, n. 296; 1, comma 12, della l. 24-12-2007, n. 244; DPCM 26-6-2007); (e) sulle *deleghe e organizzazione del consiglio di amministrazione* (art. 1, comma 12, della l. 24-12-2007, n. 244); (f) sui *compensi dei componenti del consiglio di amministrazione* (artt. 1, commi 725-728, della l. 27-12-2006, n. 296; 6 del d.l. 31-5-2010, n. 78, convertito nella legge 30-7-2010, n. 122) e su *ulteriori limiti al pagamento di compensi* (artt. 3, comma 44, della l. 24-12-2007; 24, comma 4 bis, d.l. 31-12-2007 n. 248, convertito nella l. 28-2-2008 n. 31; 1, d.l. 6-7-2011, n. 98, convertito nella l. 15-7-2011, n. 111; 23-bis del d.l. 6-12-2011, n. 201, convertito nella l. 22-12-2011, n. 214; 35 del d.l. 9-2-2012, n. 5, convertito nella l. 4-4-2012, n. 35); (g) sui *limiti del trattamento economico per i rapporti di lavoro dipendente o autonomo* (dpr 5-10-2010, n. 195 e art. 4 dl 95/2012, conv.to nella l. 135/2012); (h) sulla *limitazione ai poteri di rappresentanza: atti fuori dall'oggetto sociale* (artt. 2332, secondo comma; 2384, 2384 bis cc e 13 del d.l. 4-7-2006, n. 223, convertito nella l. 4-8-2006, n. 248 [c.d. decreto Bersani]; d.l. 25-6-2008, n. 112, convertito nella l. 6-8-2008, n. 133); (i) sui *doveri in materia di direzione e*

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

coordinamento (art. 2497 e segg. cc); (l) *sulla nullità degli atti* (artt. 6 del d.l. 31-5-2010, n. 78, convertito nella l. 30-7-2010, n. 122; 11, d.l. 6-7-2011, n. 98, convertito nella l. 15-7-2011 n. 111; 1, 4, 5, 6, 9 e 15 del d.l. 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 135)¹⁶; (m) *sui limiti agli aumenti di capitale* (art. 19 del d.l. 31-5-2010, n. 78, convertito nella l. 30-7-2010, n. 122); (n) *sulle dimissioni di partecipazioni* (art. 3, comma 27, della l. 24-12-2007, n. 244 e altra normativa citata sub 3.); (o) *sull'obbligo di trasparenza delle società in mano pubblica* (art. 8 del d.l. 6-7-2011, n. 98, convertito nella l. 15-7-2011, n. 111); (p) *sulla razionalizzazione del processo di approvvigionamento di beni e servizi* (artt. 11 del d.l. 6-7-2011, n. 98 convertito nella l. 15-7-2011, n. 111; 22 del d.l. 6-12-2011, n. 201, convertito nella l. 22-12-2011, n. 214; 1, 5 del d.l. 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 135); (q) *sulla liquidazione degli enti dissestati e misure di razionalizzazione dell'attività dei commissari straordinari* (art. 15 del d.l. 6-7-2011, n. 98, convertito nella l. 15-7-2011, n. 111); (r) *sulle società municipalizzate* (art. 5 del d.l. 13-8-2011, n. 138, convertito nella l. 14-9-2011, n. 148); (s) *sul patto di stabilità* (artt. 14 del d.l. 78/2010, convertito nella l. 122/2010 e 31 della l. 12-11-2011, n. 183); (t) *su enti e organismi pubblici* (art. 22 del d.l. 6-12-2011, n. 201, convertito nella l. 22-12-2011, n. 214); (u) *su tutela e promozione della concorrenza nelle pubbliche amministrazioni* (art. 4 del d.l. 24-1-2012, n. 1, convertito nella l. 24-3-2012, n. 27); (v) *su riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche* (artt. 4 e 5 e 6 del d.l. 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 135); (z) *su razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi* (art. 9 del d.l. 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 135); (aa) *sul rafforzamento della partecipazione della Corte dei Conti al controllo sulla gestione finanziaria delle regioni* (art. 1 del d.l. 10-10-2012, n. 174, convertito nella l. 7-12-2012, n. 213); (bb) *sui contratti di servizio* (art. 243 del d.l. 267/2000); (cc) *sulla riduzione dei costi degli apparati amministrativi* (art. 6 del d.l. 31-5-2010, n. 78, convertito nella l. 30-7-2010, n. 122); (dd) *sul controllo delle società partecipate da parte degli enti pubblici locali* (artt. 147-quater e 148 del TU 267/2000; 16-bis della l. 31/08 e 3 del d.l. 10-10-2012, n. 174, convertito dalla l. 7-12-2012, n. 213).

6. I divieti di cui all'art. 13 della l. 4 agosto 2006, n. 248 (decreto Bersani). Società ad oggetto esclusivo.

¹⁶ Per la trascrizione dell'art. 4 del dl 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 135, v.si **Appendice 3.**

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

6.1. L'art. 13 della l. 248/2006 è formulato come segue:

1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, **le società**, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, **con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163**, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, **devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.** Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. (comma così modificato dall'articolo 18, comma 4-septies, legge n. 2 del 2009, poi dall'art. 48 della legge n. 99 del 2009)

2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma.

(comma così modificato dall'articolo 1, comma 720, legge n. 296 del 2006, poi dall'articolo 4, comma 7, legge n. 129 del 2008, poi dall'articolo 20, comma I-bis, legge n. 14 del 2009)

4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data. (comma così modificato dall'articolo 1, comma 720, legge n. 296 del 2006).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

6.2. (i) La normativa Bersani vieta: (a) che le società in mano pubblica (totalmente o parzialmente [queste ultime sono le società <<miste>>], costituite per svolgere servizi propri delle “*amministrazioni pubbliche regionali o locali*” (es.: servizi di riscaldamento degli edifici regionali o comunali), possano svolgere analoghi servizi per altri “. . . *soggetti pubblici o privati che siano*”; (b) che analoghe prestazioni a favore di “. . . *soggetti pubblici o privati*” vengano svolte da <<società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali>> e cioè da società pubbliche o miste di secondo o terzo grado e ciò -si direbbe- per effetto dell’art. 1344 cc (normativa sui *contratti in frode alla legge*); (c) che le società sub (a) e (b) abbiano più oggetti.

(ii) Il divieto non vale: (a) per le società nazionali; (b) per le società affidatarie di un contratto di concessione di servizi a favore della collettività (artt. 3/12 e 30 del d.lg. 163/2006 e 112 del TU 267/2000); (c) per le società che svolgono “. . . *servizi di committenza o [per le società che svolgono il servizio di] centrali di committenza*” (es.: CONSIP e società analoghe sorte a livello regionale)¹⁷.

6.3. Le società *strumentali* di cui all’art. 13 del decreto Bersani sono pesantemente coinvolte dalla normativa di cui all’art. 4 del dl 95/2012, conv.to nella l. 135/2012: devono sciogliersi entro il 31 dicembre 2013. In alternativa gli enti pubblici titolari del relativo capitale sociale devono provvedere alla relativa alienazione del medesimo (v. **Appendice 3**).

7. Società in house, enti pubblici economici (e non), organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche

Le società in house si distinguono poi:

(a) dagli enti pubblici non economici (incluso lo Stato) che svolgono *funzioni* e servizi non economici (funzione legislativa, esecutiva, giudiziaria e servizi tipo quello sanitario, di difesa, scolastico eccetera) nonché, a livello locale, i servizi pubblici *privi di rilevanza economica* di cui all’art. 113 bis del TU 267/2000)¹⁸;

b) dagli *enti pubblici economici* che svolgono servizi economici e a rilevanza

¹⁷ V.nsi **S.Mento**, Società strumentali e tutela della concorrenza (Cons. St., V, 10-9-2010, n. 6527), *giom. dir. amm.*, 4/2011, 412 e segg., nonché **M.Macri**, Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi (Decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito con modificazioni, dalla legge, 7 agosto 2012, n. 135), *giom. dir. amm.* 12/2012, 1167 e segg.; **Appendice 1**, lett. a), nn. 24), 25), 39), 55).

¹⁸ Sulla nozione di ente pubblico v.si **C.Ruperto**, La giurisprudenza sul codice civile, *Giuffrè* 2012, sub art. 11 cc, 434 e segg..

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

economica di cui agli artt. 86/2 del Trattato CE e 113 del TU 267/2000 (es. sono tali le “*aziende speciali*” di cui all’art. 114 del testo normativo sopra citato)¹⁹;

(c) dagli “*organismi di diritto pubblico*”, così definiti dall’art. 3/26 del d.lg. 163/2006:

L’ <<organismo di diritto pubblico>> è qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

-istituto per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

-dotato di personalità giuridica;

-la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.²⁰

(d) dalle “*imprese pubbliche*”, così definite dall’art. 3/28 del d.lg. 163/2006:

Le <<imprese pubbliche>> sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza denominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese.

L’influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all’impresa, alternativamente o cumulativamente:

a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;

b) controllano la maggioranza dei voti chi danno diritto le azioni emesse dall’impresa;

c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell’impresa.

(Le società in house sono *aziende pubbliche*, ma non tutte le aziende pubbliche sono società in house).

8. Problemi pratici connessi alle società in house: (1) obbligazioni solidali o meno di dette società con gli enti titolari del relativo capitale sociale; (2) fallimento o meno di dette società; (3) obbligo per le società strumentali di cui all’art. 13 del decreto

¹⁹ V.si, per il diritto giuslavoristico, l’art. 2093 cc.

²⁰ V.si **B.Mameli**, L’organismo di diritto pubblico, Giuffrè, 2003.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

Bersani dell'oggetto esclusivo; (4) appalti di cui al d.lg. 163/2006 affidati dalle società in house; (5) obbligo (o meno) di ricorrere a società di committenza per gli acquisti; (6) trasformabilità di società in house che gestiscono servizi pubblici a rilevanza economica, in particolare il servizio idrico integrato ("SII") di cui agli artt. 147 e segg. del TU 152/2006, in aziende speciali a sensi dell'art. 114 del TU 267/2000; (7) <<231>> e società in mano pubblica; (8) responsabilità degli amministratori; (9) criteri per distinguere; (10) normativa applicabile alle società in house (società *strumentali* di cui all'art. 13 del decreto Bersani e società in house che gestiscono servizi pubblici per la collettività).

8.0. Le società in house, per quanto siano intese come <<società organo>>, sono pur sempre disciplinate dal comune diritto societario contenuto nel codice civile (v.si, comunque, sub 8.9).

Sono, quindi, società di capitali, in tutto e per tutto disciplinate da detto diritto per quanto concerne la loro costituzione, la tenuta della contabilità e la redazione del bilancio, la loro estinzione: per conseguenza sono soggette allo stesso diritto tributario al quale sono soggette le comuni società di capitali (dpr 917/1986).

Detto questo e tenuto conto della ulteriore restrizione della giurisprudenza comunitaria di cui alla sentenza della Corte di Giustizia UE, III, 29-11-2011, cause C-182/11 e C-183/11²¹, vi è da dire che a dette società normalmente si applicano le norme derogatorie di cui al precedente par. 5.

In particolare, poi, le deroghe più vistose al comune diritto societario, sono le seguenti.

8.1. Per dette società pare venir meno lo schermo della personalità giuridica: le società in house e i soggetti pubblici titolari del relativo capitale sociale paiono dover rispondere in via solidale delle obbligazioni verso terzi²².

²¹ La sentenza, come già detto, asserisce: "*Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta*". (V.si Urb. e App., 3/2013, 307 e segg. con commento di **F.Leggiadro**).

²² V.si **Appendice 1**, lett. a) n. 26)

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

8.2. Le società in house sarebbero escluse dal fallimento perché l'attività da loro esercitata non avrebbe natura industriale e commerciale²³. (Opinione non del tutto convincente se si pensa che i servizi pubblici di rilevanza economica a sensi degli artt. 86/2 del Trattato CE e 112-113 del TU 267/2000, pur essendo connotati da uno scopo pubblico [ragione per la quale il relativo costo <<può non essere coperto soltanto dal prezzo di mercato>>: *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, Bruxelles, 21-5-2003, COM (2003)270] sono pur sempre strutturalmente privati [Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati, Teoria generale*, II ed. 72] e rientranti tra quelli di cui all'art. 2195 cc, specie se gestiti da concessionari privati)²⁴.

8.3. Le dette società, se strumentali (e, quindi, lecite) a sensi dell'art. 13 del decreto Bersani non possono avere più *oggetti* e cioè esercitare attività diverse da quelle ammesse dalla legge a sensi degli artt. 2328/11, n. 3) e 2462/11, n. 3) cc²⁵. In sostanza dette società non possono gestire contestualmente servizi pubblici locali verso collettività più o meno vaste e servizi strumentali verso gli ee.ll. titolari del relativo capitale sociale (art. 13 decreto Bersani): v.si Corte dei Conti, sez. reg. Lombardia, parere n. 517/2011/PAR.

8.4. Le dette società, incluse quelle <<miste>>, devono applicare le procedure di gara per le relative forniture e per i relativi lavori e servizi (art. 32/1, lett. c) d.lg. 163/2006).

Per le società <<miste>> è previsto poi che la <<... la scelta del socio privato avviene con procedure a evidenza pubblica>> (art. 1/2 del d.lg. 163/2006)²⁶: c.d. *gara a doppio oggetto*.

8.5. E' dubbio se le società in house siano tenute a ricorrere a società di

²³ V.si **Appendice 1**, lett. a) n. 26).

²⁴ V.si: **C. Perin e A. Romano**, Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali, Cedam, 2006, 610 e segg.

²⁵ V.si **Appendice 1**, lett. a), n. 24.

²⁶ V.nsi: **A.Cianflone-G.Giovannini**, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, 2012 (agg.to al Decreto "liberalizzazioni": dl. 1/2012, conv.to con la l. 27/2012 e al Decreto Semplificazioni": dl 5/2012, conv.to con la l. 35/2012); **AA.VV.** a cura di **G.Greco**, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, 2010, **AA.VV.** a cura di **G.Greco**, *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Atti del Convegno 20 maggio 2011, Università di Milano, Giuffrè, 2012; **O.Cutajar-A.Massari**, *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza. Annotato con il Regolamento e la Prassi*. Maggioli Ed., 2012, **R.De Nictolis**, *Manuale dei contratti pubblici . . .*, EPC, 2010; **AA.VV.** (a cura di **V.Di Gregorio**), *L'appalto privato e pubblico*, UTET, 2013.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

committenza per acquisti di beni e servizi a sensi degli artt. 1 e 26/3 della l. 488/99, 1/450 della l. 296/2006 (per il *mercato elettronico*), 7/2 del dl 52/2012 (Spending Review n. 1), convertito nella l. 94/2012 (sempre per il mercato elettronico di cui all'art. 338 del dpr 207/2010: nel caso di adesione a detto mercato non si applica il periodo di sospensione di 35 giorni per la stipula del contratto [*standstill sostanziale*] di cui all'art. 11/10 del d.lg. 163/2006), 1 e 13 del dl 95/2012 (Spending Review 2) convertito nella l. 135/2012 e smi²⁷.

8.6. Le società in house non sono trasformabili in aziende speciali a sensi dell'art. 114 del TU 267/2000²⁸.

8.7. Il d.lg. <<231/2001>> risulta applicabile alle società in house (incluse quelle <<miste>>²⁹).

8.8. Per le società <<miste>> poi e in punto responsabilità degli amministratori, occorre attenersi ai principi di Cass. SS.UU. (ord.) 9-4-2010, n. 8429 per la quale: “*La cognizione delle controversie relative ad amministratori e dipendenti di società “in mano pubblica” compete al Giudice ordinario o al Giudice contabile, rispettivamente, secondo che il danno oggetto della domanda sia stato direttamente subito dalla società o dagli Enti pubblici partecipanti. Nella specie, compete al Giudice contabile la giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento dei danni subiti dagli Enti pubblici azionisti della s.p.a. Casinò Municipale di Campione d’Italia, per condotte tenute dal direttore generale della società nello svolgimento del suo compito*”.

8.9. Importante, ai fini pratici, è poi la sentenza del Cons. St., VI, 11-1-2013, n. 122 per la quale: “*Nell’ambito delle società pubbliche, occorre distinguere le società che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa. Le prime sono assoggettate, in linea di principio, allo statuto privatistico dell’imprenditore, le seconde allo statuto pubblicistico della pubblica amministrazione.*”

²⁷ V.si dl 6-7-2012 convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 135 e, successivamente, modificato dall'art. 1/156 della l. 24-12-2012, n. 228 e Circ. Min. Economia del 5-2-2013, n. 2. (A parere di chi scrive se l'ente pubblico attiva gare che si concludano per un prezzo più favorevole di quello CONSIP o SCR [società di committenza per la Regione Piemonte] non sussiste nullità (art. 1/2 dl 25-9-2012, convertito nella l. 135/2012 e modificato da ultimo dalla l. 228/2012), quanto meno per le categorie merceologiche ivi previste ed alle condizioni ivi esposte).

²⁸ V.si, dello scrivente: “*La trasformabilità (o meno) delle società in house che gestiscono servizi pubblici di rilevanza economica (in particolare che gestiscono il servizio idrico integrato) in aziende speciali a sensi dell'art. 114 del TU 267/2000*”, di prossima pubblicazione su NDS.

²⁹ V.si **Appendice 1**, lett. c), n. 23).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

Per stabilire quando ricorre l'una o l'altra ipotesi, occorre aver riguardo: 1) alle modalità di costituzione; 2) alla fase dell'organizzazione; 3) alla natura dell'attività svolta; 4) al fine perseguito.”.

8.10. Le società in house (*strumentali* a sensi del decreto Bersani o che gestiscano servizi pubblici nei confronti di collettività più o meno vaste) sono attualmente “anche” disciplinate dagli artt. 3 bis del dl 138/2011, conv.to nella l. 148/2011, 4 del dl 95/2012, conv.to nella l. 135/2012 e 34, co. 20-23 del dl 179/2012, conv.to nella l. 221/2012 (v.si **Appendice 3**).

9. Appendice 1

Elenco di articoli, testi normativi e volumi relativi alle società in mano pubblica

a) Articoli

1) **M.Casavecchia, O.Cagnasso e M.Quaranta**, Le società in house (Parte I). Le società in mano pubblica e la nozione di servizio pubblico, NDS, 11/2008, 40 e segg.;

2) **M.Casavecchia, O.Cagnasso e M.Quaranta**, Le società di house (Parte II). Effetti del fenomeno sulla concorrenza ed ambito di applicazione, NDS, 12/2008; 55 e segg.;

3) **B.Sarzotti**, Responsabilità degli amministratori di Spa in mano pubblica: Corte dei Conti e/o giudice ordinario? Un lodo affronta il problema. NDS, 18/2008, 42 e segg.;

4) **O.Cagnasso**, La srl a partecipazione pubblica, NDS, 3/2010, 31 e segg.;

5) **I.Demuro**, Un altro tentativo (“chirurgico” e “distratto”) di adeguamento all’ordinamento comunitario in materia di esercizio della *golden share*: il DPCM 20-5-2010, NDS, 14/2010, 25 e segg.;

6) **E.Freni**, Golden Share: raggiunta la compatibilità con l’ordinamento comunitario? Decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, in Giorn. amm., 1/2013, 25 e segg..

7) **O.Cagnasso e M.Quaranta**, Abuso del diritto, società in house e qualificazione della società in mano pubblica in una interessante pronuncia del Tribunale di Roma, NDS, 1/2012;

8) **O.Cagnasso**, La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica secondo una recente e innovativa sentenza della Cassazione, NDS, 3/2010, 36;

9) **M.Casavecchia**, I servizi pubblici locali secondo la riforma di cui all’ art. 15

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

del dl 25-9-2009, n. 135, convertito nella legge 20-12-2009, n. 166 (Parte I), NDS, 6/2010, 37 e segg.;

10) M.Casavecchia, I servizi pubblici locali secondo la riforma di cui all'art. 15 del dl 25-9-2009, n. 135, convertito nella legge 20-12-2009, n. 166 (Parte II), NDS, 7/2010, 41 e segg.;

11) M.Casavecchia, Regolamento in materia di servizi pubblici locali, NDS, 4/2011, 90 e segg.;

12) M.Casavecchia, Il regolamento in materia di servizi pubblici locali (dpr 7-9-2010, n. 168, emanato a norma dell'art. 23-bis, comma 10, del dl 25-6-2008, n. 112, convertito dalla l. 6-8-2008, n. 133, a sua volta modificato dall'art. 15 del dl 25-9-2009, n. 135, convertito nella l. 20-11-2009, n. 166, pubblicato nella GU del 12-10-2010, n. 239), NDS, 13/2011, 43 e segg.;

13) M.Casavecchia, I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum, NDS, 15/2011, 15, 22 e segg.;

14) M.Casavecchia, I servizi pubblici locali dopo il referendum del giugno 2011. Art. 4 del dl 138/2011, convertito nella l. 148/2011, poi ancora modificato dall'art. 9 della l. 183/2011 e dall'art. 25 del dl 1/2012, NDS, 9/2012, 39 e segg.;

15) G.Sigismondi, Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo interpretativo del giudice amministrativo: Cons. St. Sez. VI, sent. 20-3-2012, n. 1574, Giorn. amm., 1/2013, 52 e segg.;

16) F.Gualandi, Le società di trasformazione urbana tra “servizi pubblici locali” e “governo del territorio”, Lex Italia it., 5/2013;

17) G.Guzzo, Nota a sentenza della Corte di Giustizia, Sezione III, del 29-11-2012 (C-183/11), Lex Italia, it., 12/2012;

18) R.Raponi, Le società pubbliche tra privatizzazioni e liberalizzazioni: il punto della situazione anche alla luce dei più recenti interventi normativi in materia, Lex Italia it., 12/2012;

19) A.Fusco e S.Glinianski, Autonomia negoziale della P.A. ed obblighi di approvvigionamento di beni e servizi mediante CONSIP SPA e centrali di committenza regionale, Lex Italia it., 2/2013;

20) F.Capalbo, Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale, Lex Italia it., 3/2013;

21) M.Pani e C.Sanna, I limiti all'in house providing nella legislazione nazionale e regionale, Lex Italia it., 3/2013;

22) Camera Commercio Prato, VADEMECUM delle Società partecipate, Ed. dicembre 2012;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

23) M.Vico, La verifica delle partecipazioni societarie, Il tempo stringe, in “Diritto dei servizi pubblici”, diretto da avv. C.Tessarolo, 21-5-2013;

24) A.Barbiero, Le società partecipate non possono gestire contestualmente servizi pubblici locali e servizi strumentali, in “Diritto Servizi Pubblici”, diretto da avv. C.Tessarolo, 21-5-2013;

25) M.Spagnuolo, Società strumentali e nuove aperture in ordine alle attività non consentite. Analisi interpretativa dell’art. 13 del dl 223/2006, 7-3-2013, in www.leggi.oggi.it;

26) G.Astegiano e altri, Società pubbliche “in house” escluse dal fallimento. L’attività esercitata, infatti, non ha natura industriale e commerciale, Il Sole-24 Ore, 16-5-2013;

27) M.F.Monterossi, Società partecipate da una pluralità di enti pubblici e affidamento in house: brevi note in tema di effettività del controllo alla luce di una recente sentenza del Consiglio di Stato, Amministrazione in cammino, dir. G.Di Gaspareg, 2013;

28) G.La Greca, La sfuggente nozione di ente pubblico tra legge e indici sintomatici (Cons. St., VI, 29-6-2012, n. 3820), Il nuovo Dir. Amm., 1/2003, 34 e segg.;

29) M.Midiri, La Consulta riaccende la discussione sui servizi pubblici locali, Il nuovo Dir. Amm., 4/2012, 103 e segg.;

30) M.Midiri, Il decreto sviluppo bis: una normativa minima (ma utile) sui servizi pubblici locali, Il nuovo Dir. Amm., 2/2013, 107 e segg.;

31) C.Vivani e R.Secondo, La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva, Urb. e App., 1/2012, 39 e segg.;

32) M.Gnes, La nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti, Giorn. dir. amm., 2/2013, 115 e segg.;

33) ANCE, Le misure per il pagamento dei debiti della pubblica amministrazione. Una prima lettura del decreto-legge n. 35/2013. A cura della Direzione Affari Economici e Centro Studi-Seminario sul decreto-legge per il pagamento dei debiti P.A., Roma 11 aprile 2013;

34) J.Bercelli, Servizi pubblici locali e referendum. Corte Cost., sent. 20 luglio 2012, n. 199, Giorn. Amm., 2/2013, 155 e segg.;

35) F.Leggiadro, In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci. Corte UE, sez. III, 29-11-2011, C-182/11 e C-183/2011, Urb. e App. 3/2013, 307 e segg..

36) G.F.Nicodemo, Le Società miste: Il giudice europeo detta le condizioni per l’affidamento diretto. Corte CE, sez. III, 15-10-2009, causa C-196/08, Urb. e App.,

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

2/2010, 156;

37) S.Musolino, Per la Corte costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l'in house, Corte Cost., 20-1-2009, n. 307, Urb. e App., 4/2010, 409 e segg.;

38) B.Boschetti, I confini della nozione di società mista (Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7533), Urb. e App., 12/2011, p. 182;

39) F.Dello Sbarba, L'art. 13 del decreto Bersani e le società di terzo grado tra servizi strumentali e servizi pubblici locali (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17), Urb. e App. 12/2011, p. 1416;

40) G.Cocimano, L'illegittimità costituzionale dei limiti all'in house nei servizi pubblici locali (Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199), Urb. e app. 11/2012, p. 1139 e segg.;

41) C.Vivani e R.Secondo, La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva, Urb. e app. 1/2012, p. 39 e segg.;

42) G.Colangelo, Le dismissioni delle società partecipate dai Comuni minori (Corte Conti Emilia Romagna, sez. controllo, del 13 febbraio 2012, n. 9), Urb. e app. 7/2012, p. 822 e segg.;

43) B.Giliberti e I.Rizzo, Le società pubbliche nel mercato alla luce dell'art. 14, comma 32, dl 78 del 2010, Urb. e app. 3/2012, p. 267 e segg.;

44) L.Torchia, Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio, in Giorn. dir. amm. 2012;

45) A.M.Altieri, Il servizio idrico integrato e il regime giuridico delle reti (Corte costituzionale, 25-11-2011, n. 320), in Giorn. dir. amm. 8-9/2012 p. 835 e segg.;

46) A.M.Altieri, Le modalità di gestione e l'affidamento del servizio idrico integrato dopo il referendum (Corte costituzionale, sentenza 7 marzo 2012, n. 62), in Giorn. dir. amm. 11/2012 p. 1069 e segg.;

46) L.Saltari, Lo "stato del mercato", (Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), in Giorn. dir. amm. 6/2012 p. 579 e segg.;

47) Osservatorio Cons. Stato, Qualificazione come servizio pubblico dell'attività di bonifica di sito inquinato di interesse nazionale, in Giorn. dir. amm. 12/2012, p. 1245 e segg.;

48) Osservatorio Cons. Stato (decisioni). Applicazione della disciplina civilistica del contratto alle convenzioni di concessione, ex art. 11 della legge n. 241 del 1990, in Giorn. dir. amm. 3/2011, p. 280 e segg.;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

49) Osservatorio Tar, Determinazione delle tariffe per il servizio idrico, in Giorn. dir. amm. 5/2011, p. 528 e segg.;

50) L.Cuocolo, La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali (Corte costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325), in Giorn. dir. amm. 5/2011, p. 484 e segg.;

51) A.M.Altieri, La discrezionalità amministrativa nei bandi di gara per la distribuzione del gas naturale (Consiglio di Stato, sentenza, sezione V, 4 gennaio 2011, n. 2), in Giorn. dir. amm. 7/2011, p. 750 e segg.;

52) F.Caporale, Legislatore, Consulta, democrazia diretta: i nodi irrisolti dei servizi idrici, in Giorn. dir. amm. 9/2011, p. 1022 e segg.;

53) B.Gagliardi, Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese, in Giorn. dir. amm. 6/2011, p. 692 e segg.;

54) Osservatorio Tar, Passaggio del servizio di trasporto pubblico locale dal regime concessorio a quello contrattuale, in Giorn. dir. amm. 10/2011, p. 1130 e segg.;

55) S.Mento, Società strumentali e tutela della concorrenza (Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6527), in Giorn. dir. amm. 4/2011, p. 412 e segg.;

56) A.Guerrieri, L'effettivo affidamento di compiti operativi al socio privato (Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348), in Urb. e app. 10/2011 p. 1068 e segg.;

57) H.Bonura, I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzatoria degli enti locali, Cons. St., Sez. V, sent. 23-10-2012, n. 5409, in Giorn. dir. amm. 2013, p. 398;

58) F.Dinelli, La (difficile) individuazione del mercato rilevante nel settore dei servizi idrici, Cons. St., Sez. VI, sentenza 24-9-2012, n. 5067, in Giorn. dir. amm. 2013, p. 405;

59) S.Mento, Il controllo analogo sulle società *in house* pluripartecipate da enti pubblici, Corte giust. dell'Unione europea, III, sent. 29-11-2012, n. C-183.11, giorn. amm., 5/2013, 495 e segg.;

60) F.Filpo, La nuova disciplina dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico, contr. e Impresa/Europa, 1/2013, 102 e segg.;

61) Dipartimento Politiche Europee. Presidenza del Consiglio dei Ministri. SIEG, adottato nuovo pacchetto di norme. **Bruxelles**, 20-12-2011 C(2011) 9404 definitivo, Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale; **Bruxelles**, 20-12-2011 C(2011) 9406 definitivo, Comunicazione della Commissione Disciplina dell'Unione europea

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2011);

62) C.Volpe, La “nuova normativa” sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto “Lazzaro”. Ma è vera resurrezione?, Il nuovo Dir. Amm., 3/2013, pag. 3 e segg.;

63) M.Pani e C.Sanna, L’in house providing alla luce della giurisprudenza costituzionale e rapporto con gli artt. 4 e 9 del dl 95/2012, Lex Italia it. 6/2013.

b) Normativa

1) L.Bernabò, M.Casavecchia e G.Redi, Società pubbliche, società di interesse nazionale, servizi pubblici, privatizzazioni, servizi pubblici locali, società in house. Elenco di testi normativi. Parte I, NDS, 8/2013, 70 e segg.;

2) L.Bernabò, M.Casavecchia e G.Redi, Società pubbliche, società di interesse nazionale, servizi pubblici, privatizzazioni, servizi pubblici locali, società in house. Elenco di testi normativi. Parte II, NDS, 9/2013, 48 e segg.;

3) Art. 4 d.l. 13-8-2011, n. 138, conv. nella l. 14-9-2011, n. 148;

4) Sent. Corte Cost. 20-7-2012, n. 199;

5) Art. 9/6 d.l. 6-7-2012, n. 95 conv. nella l. 7-8-2012, n. 135;

6) Art. 114/5-bis del TU 267/2000;

7) Art. 34, commi 20-23, d.l. 18-10-2012, n. 179, conv. nella l. 17-12-2012, n. 221;

8) dl 8-4-2013, n. 35;

c) Volumi

1) AA.VV., Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento (a cura di F.Bonelli e M.De André, Giuffrè, 1990);

2) F.Bonelli, Il Codice delle privatizzazioni nazionali e locali, Giuffrè, 2001;

3) F.Santonastaso, La società di interesse nazionale, Giuffrè, 2002;

4) Studio Camozzi e Bonissomi, Le società miste, Maggiori Editore, 2004;

5) Goisis, Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche, Giuffrè 2004;

6) AA.VV., La società europea (a cura di D.Carapi e N.Permazza) , Giappichelli, 2011 pubbliche (a cura di Ibba e altri), Giappichelli, 2002;

7) AA.VV. Dai Municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali (a cura di V.Termini), Il Mulino, 2004;

8) E.Ostrom, Governare i beni collettivi, Marsilio, 2006;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

9) **E.Barucci, F.Pierobon**, Stato e mercato nella seconda Repubblica, Il Mulino, 2008;

10) **AA.VV.**, Pubblico, privato, Comune (a cura di L.Pennacchi), Ediesse, 2010;

11) **C.Jamalia-E.Molinari**, Salvare l'acqua, Feltrinelli, 2010;

12) **A.Massarutto**, Privati dell'acqua?, Il Mulino, 2011;

13) **F.Di Dio**, Acqua sporca. Il gorgo nero delle privatizzazioni, Ed. Riuniti, 2011

14) **G.Bassi, A.Massari, S.Capacci e F.Moretti**, Le società a partecipazione pubblica locale, Maggioli 2006;

15) **G.Bertagna, A.Rinaldi**, Gli incarichi esterni nell'Ente Locale e nelle Società partecipate, Centro Studi Enti Locali Gruppo Euroconference, 2010, II ed.;

16) **G.Alpa, A.Carullo, A.Clarizia**, Le S.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici, Il Sole 24 Ore, Pirola, 1998;

17) **M.Nico**, Le società partecipate dagli Enti locali dopo il "decreto liberalizzazioni", Maggioli, 2012 III ed.;

18) **IR Top Studio Camozzi & Bonisconi**, Le società miste, Maggioli, 2004;

19) **M.Levis, C.Manacorda, E.Gromis di Trana**, Le società miste, Il Sole 24 ore, 2005;

20) **D.Di Russo, L.Falduto**, Governo, controllo e valutazione delle società partecipate dagli enti locali, MAP Servizi srl, 2009;

21) **C.Ibba, M.C.Malaguti, A.Mazzoni**, Le società "pubbliche", G.Giappichelli 2000;

22) **R.De Nictolis, L.Cameriero**, Le società pubbliche in house e miste, Giuffrè, 2008;

23) **AA.VV.**, Modello organizzativo <<231>> e organismo di vigilanza: profili sistematici e linee operative (trasmesso per e-mail);

24) **G.Rizzo**, La concessione di servizi, G.Giappichelli, 2012

10. Appendice 2. Alcune considerazioni sulle società *in house* alla luce dei risultati del referendum del 12 e 13-6-2011

a. Alla luce di quanto esposto sub 3., si può asserire che:

(1) la varietà delle società *in house*, se non vi fosse stato l'esito del referendum del 12 e 13-6-2011, avrebbe dovuto ridursi, nel campo circoscritto dalla riforma di cui all'art. 23 bis del d.l. 25-6-2008, n. 112, convertito nella l. 6-8-2008, n. 133 (già

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

modificato dall'art. 30/26 del dl. 23-7-2009, n. 99) e successivamente integrato e modificato dall'art. 15 del dl 25-9-2009, n. 135, convertito nella l. 20-11-2009, n. 166, a un caso apparentemente eccezionale. La riforma (con tale termine intendendosi la normativa di cui alla legge di riforma del citato art. 23-bis e a quella del relativo Regolamento del dpr 168/2010) circoscriveva un ambito normativo dal quale erano escluse non solo le materie di cui al **comma 1** della legge di riforma (distribuzione del gas, dell'energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali, il trasporto ferroviario regionale), bensì quelle relative ai servizi pubblici non locali, ai servizi pubblici senza scopo di lucro. Nelle materie escluse, le società in house erano ammesse con i limiti di cui alla giurisprudenza comunitaria che, però, non coincidevano con quelli di cui ai **commi 3 e 4** della legge di riforma.

(2) Infatti vi sarebbe stato un regime differenziato nell'ambito della varietà delle società in house: (a) quello normale e influenzato (per non dire "normato") dalla giurisprudenza comunitaria nei campi non inclusi nella riforma; (b) quello, eccezionale (si potrebbe dire "eccezionale al quadrato"), di cui ai **commi 3 e 4** della legge di riforma e connessi articoli del Regolamento.

(3) Le società in house sarebbero, quindi, state disciplinate da un insieme di norme, di cui alcune, di carattere *eccezionale*, mentre (forse) le altre varietà di società in mano pubblica sarebbero state disciplinate da un insieme di norme di tipo *speciale*; varietà, ambedue, soggette alla normativa pubblicistica (sull'assunzione del personale, sui limiti del numero degli amministratori, sulla loro retribuzione eccetera) di cui alle varie leggi succedutesi nel tempo a modificazione e integrazione dell'art. 2449 cc³⁰.

(4) Le società in house avrebbero costituito un'anomalia (più apparente che reale)³¹ rispetto alla dicotomia "soggetto giuridico vs/ non soggetto in quanto organo di

³⁰ V.si quanto detto sub 5.

³¹ Anomalia più apparente che reale perché la dicotomia "soggetto/organo di altro soggetto" non costituisce una vera e propria contraddizione logica. Tale anomalia sembra essere parente stretta di quella che si riscontra nel linguaggio *descrittivo* tipico delle scienze. Si rammentano, in fisica quantistica, le dualità <<onda-corpuscolo>>, <<gatto vivo-gatto morto>> (nel c.d. esperimento del gatto di Schrödinger).

Tesi che ha a che vedere con i "molti mondi" che risale a Leibniz. "Prima di tentare di fornire un elenco, lacunoso in partenza, dei molti mondi possibili –dice **Greco** (Einstein e il ciabattino, Ed. Riuniti, 2002, 406-407)- nell'ambito della moderna cosmologia teorica, fondata sulla relatività di Einstein, conviene ricordare che l'ipotesi dei molti mondi è stata autorevolmente proposta anche in meccanica quantistica. E la proposta, per quanto controversa, si salda con molte

*ipotesi molti mondi, sbocciate nell'ambito della relatività generale. La proposta è stata avanzata nel 1937 da Hugh Everett III. E consiste, più o meno, in questo. Come è noto, nella meccanica dei quanti il concetto di realtà è un po' diverso da quello della meccanica classica e dal concetto di realtà che abbiamo noi, portatori del senso comune. Nel nostro mondo quotidiano, per esempio, un gatto o è vivo o è morto. Nella meccanica quantistica, o, almeno, in una delle interpretazioni della meccanica quantistica, un gatto è vivo e morto fino a quando qualcuno non lo osserva e non lo trova vivo o morto. In termini più rigorosi si dice che il gatto quantistico, quando non è osservato, è in una sovrapposizione di stati. O meglio, la funzione d'onda che descrive il gatto quantistico si trova nella sovrapposizione dei due stati: dello stato vivo e dello stato morto. Quando, finalmente, qualcuno osserva il gatto, la funzione d'onda collassa e uno solo dei due stati si realizza. A quel punto il gatto non è più vivo e morto, ma diventa vivo o morto. Il ruolo dell'osservatore ha sempre suscitato controversie nella interpretazione del formalismo quantistico, perché sembra introdurre un'alea di soggettività nel mondo, considerato oggettivo, della fisica. Nel tentativo di superare il soggettivismo del ruolo dell'osservatore, Hugh Everett propose un'interpretazione capace di colpire l'immaginazione. Secondo Everett ogni atto di osservazione produce una moltiplicazione degli universi. Perché con ogni atto di osservazione la funzione d'onda collassa e ciascuno degli stati quantistici possibili si realizza. Ognuno in un universo diverso e causalmente sconnesso con gli altri. Quando qualcuno osserva un gatto, l'universo si sdoppia in due. In uno degli universi neonati il gatto è vivo, propone Everett. E nell'altro il gatto risulta morto. **Naturalmente, poiché gli atti di osservazione sono infiniti e continui, gli universi sono infiniti e la loro proliferazione è continua. La nostra stessa vita non sarebbe che una linea di connessione nel grappolo, proliferante, dei molti mondi di Everett. In realtà in molti altri universi esistono molte copie di noi stessi che hanno sposato un'altra donna o un altro uomo, che hanno avuto altri figli o non hanno avuto figli, che hanno scelto un altro lavoro o hanno avuto un'altra storia sanitaria.** Idea suggestiva, quella di Everett. Ma difficile da provare. Non fosse altro che i suoi molti mondi sono causalmente e irrimediabilmente sconnessi".* Ovvio il paragone. Anche nelle società in house si avranno "molti mondi prescrittivi" a seconda del punto di vista. In un certo mondo tali società sono "soggetti", in altri sono "organismi". Il richiamo a concetti scientifici non dovrebbe stupire più di tanto il giurista. Anche **F. Galgano** (*Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, Contratto e Impresa 1/2000, 189 e segg) richiama concetti fisici per illustrare la dicotomia "società globale vs/società nazionali". Asserisce: "Ciò che sta accadendo nell'organizzazione del mondo in questa sua fase di trasformazione evoca la formula, suggerita

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

un altro soggetto giuridico"; avrebbero continuato ad essere considerate, per certi aspetti, come dei *soggetti* (come delle normali società di capitali) e, come tali, assoggettate alle norme codicistiche del diritto societario (come, da ultimo, pure, asserisce Cass. SS.UU., 26806/2009), alle norme sul fallimento³², alle norme tributarie relative alle società di capitali, e, per altri aspetti (specie in punto "controllo analogo"), come degli "organi" degli enti pubblici che ne detengono il capitale sociale. Da qui, a parere di chi scrive, la responsabilità solidale di detti enti con dette società verso i terzi e la possibilità di derogare alle norme di cui all'art. 2380 bis cc in punto potere degli amministratori (deroga, oggi, ammessa dalla sent. della Corte Giustizia CE del 10-9-

dai fisici, della pari dimensione dell'infinitamente grande e dell'infinitamente piccolo. L'infinitamente grande, nel nostro discorso, è la società globale, che supera i confini nazionali e riduce il pianeta ad unità; l'infinitamente piccolo è la moltitudine delle società nazionali, organizzate a Stato. E' possibile cogliere i rapporti che si vanno stabilendo fra le due dimensioni: l'infinitamente piccolo, a volte inconsapevolmente, si sta trasformando per adeguarsi all'infinitamente grande" (pag. 201).

V.si, a tale proposito, **Appendice 1**, lett. a), n. 20). Nell'*abstract*, **F.Capalbo**, giustamente afferma: "*Nuova categoria sistematica di società speciali per le quali, ferma restando la natura di soggetto di diritto privato, rilevano segmenti di disciplina speciale a tutela delle interessanze pubbliche. Ciò non rappresenta una novità, sia nel panorama ordinamentale interno (es. diritto di famiglia; legge fallimentare) e sia in quello comunitario, come testimonia, ad es., la evidenza pubblica per i contratti di appalto quale regime speciale estensibile agli appalti aggiudicati dagli organismi di diritto pubblico, che per tutto il resto della rispettiva attività restano, invece, disciplinati dal diritto privato. Il sempre più intenso intrecciarsi del diritto privato e pubblico ha indotto ad abbandonare approcci interpretativi "tipologici", fondati, cioè, sulla rigida ripartizione tra soggetti di diritto pubblico e privato in favore di un approccio "funzionale". Si tende, cioè, ad individuare, di volta in volta, il regime applicabile a tali categorie speciali di soggetti, addivenendosi ad una convivenza di discipline tipiche del diritto pubblico. Autorevole dottrina (N.Irti) parla, a tal specifico riguardo, di diritto comune, nel senso cioè di un diritto che non è più identificabile con il diritto civile, bensì con il diritto ricavabile dalla molteplicità dei codici.*"

³² **Trento** (cit., pag. 293) asserisce: "*La diversità più rilevante tra imprese pubbliche e private è probabilmente legata al vincolo di bilancio e quindi al rischio del fallimento*". V.si, però, sul punto quanto detto sub 8.2..

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

2009, C-573/07 (sent. *Sea*) e ciò senza essere costretti a ricorrere al più flessibile modello delle *società a responsabilità limitata*.

b. Con il *referendum* tenutosi nelle date del 12 e 13-6-2011 sono stati abrogati:

(a) l'art. **23 bis** del dl 25-6-2008, n. 112, convertito nella legge 6-8-2008, n. 133, già modificato dall'art. 30, comma 26, della l. 23-7-2009, n. 99, e successivamente integrato e modificato dall'art. 15 del dl 25-9-2009, n. 135, convertito nella l. 20-11-2009, n. 166 (di seguito: "articolo 23 bis" avente ad oggetto: "*Servizi pubblici locali di rilevanza economica*")

e

(b) l'art. **154/1** del TU 3-4-2006, n. 152 e successive modifiche e integrazioni, per la parte in cui stabiliva che la tariffa del "servizio idrico integrato" era determinata tenendo anche conto <<dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito>>³³

³⁴ ³⁵

³³ Ovviamente –e a sensi dell'art. 37 della l. 352/1970 –l'abrogazione referendaria produce i suoi effetti "*a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto*" del Presidente della Repubblica nella Gazzetta ufficiale.

³⁴ I quesiti referendari sui servizi pubblici locali di rilevanza economica erano così formulati:

Primo quesito: Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione.

<<Volete voi che sia abrogato l'art. 23 bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 30, comma 26 della legge 23 luglio 2009, n. 99 recante "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" e dall'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea" convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale?>>.

Secondo quesito: Determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in base all'adeguata remunerazione del capitale investito. Abrogazione parziale di norma.

<<Volete voi che sia abrogato il comma 1, dell'art. 154 (Tariffa del servizio idrico integrato) del Decreto Legislativo n. 152 del 3 aprile 2006 "Norme in materia ambientale", limitatamente alla seguente parte: "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito"?>>.

Finalità del primo quesito: fermare la privatizzazione dell'acqua.

Si propone l'abrogazione dell'art. 23 bis (dodici commi) della Legge n. 133/2008, relativo alla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

E' l'ultima normativa approvata dal Governo Berlusconi. Stabilisce come modalità ordinarie di gestione del servizio idrico l'affidamento a soggetti privati attraverso gara o l'affidamento a società a capitale misto pubblico-privato, all'interno delle quali il privato sia stato scelto attraverso gara e detenga almeno il 40 per cento.

Con questa norma, si vogliono mettere definitivamente sul mercato le gestioni dei 64 Ato (su 92) che o non hanno ancora proceduto ad affidamento, o hanno affidato la gestione del servizio idrico a società a totale capitale pubblico. Queste ultime infatti cesseranno improrogabilmente entro il dicembre 2011, o potranno continuare alla sola condizione di trasformarsi in società miste, con capitale privato al 40 per cento. La norma inoltre disciplina le società miste collocate in Borsa, le quali, per poter mantenere l'affidamento del servizio, dovranno diminuire la quota di capitale pubblico al 40 per cento entro giugno 2013 e al 30 per cento entro il dicembre 2015. Abrogare questa norma significa contrastare l'accelerazione sulle privatizzazioni imposta dal Governo e la definitiva consegna al mercato dei servizi idrici in questo Paese.

Finalità del secondo quesito: fuori i profitti dall'acqua.

Si propone l'abrogazione dell'art. 154 del Decreto Legislativo n. 152/2006 (c.d. Codice dell'Ambiente), limitatamente a quella parte del comma 1 che dispone che la tariffa per il servizio idrico è determinata tenendo conto dell' "adeguatezza della remunerazione del capitale investito". Poche parole, ma di grande rilevanza simbolica e di immediata concretezza. Perché la parte di normativa che si chiede di abrogare è quella che consente al gestore di ottenere profitti garantiti sulla tariffa, caricando sulla bolletta dei cittadini un 7 per cento a remunerazione del capitale investito, senza alcun collegamento a qualsiasi logica di reinvestimento per il miglioramento qualitativo del servizio. Abrogando questa parte dell'articolo sulla norma tariffaria, si elimina il "cavallo di Troia" che ha aperto la strada ai privati nella gestione dei servizi idrici: si impedisce di fare profitti sull'acqua" (così da **F. Di Dio**, *Acqua sporca. Il gorgo nero delle privatizzazioni*. Editori Riuniti, 2011, 199 e segg.).

³⁵ Per facilità di lettura, si trascrive l'art. 154 (*tariffa del servizio idrico integrato*) del TU 152/2006, prima della abrogazione referendaria:

1. La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed e' determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo.

2. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, su proposta dell'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, tenuto conto della necessità di recuperare i costi ambientali

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

b.1. Unitamente all'abrogazione diretta di cui al punto **1.**, sono caduti, altresì:

(c) il dm 1-8-1996 (*Metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato*), come minimo per quanto concerne gli artt. 3.3 (*Remunerazione del capitale investito (R). Tasso di remunerazione (T):* fissato nella misura del 7%) e 8 (*Convenzione di gestione, verifiche e revisioni*)³⁶;

(d) l'art. 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater del d.lg. 267/2000 e successive modificazioni (T.U. degli enti

anche secondo il principio "chi inquina paga", definisce con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua.

3. Al fine di assicurare un'omogenea disciplina sul territorio nazionale, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, sono stabiliti i criteri generali per la determinazione, da parte delle regioni, dei canoni di concessione per l'utenza di acqua pubblica, tenendo conto dei costi ambientali e dei costi della risorsa e prevedendo altresì riduzioni del canone nell'ipotesi in cui il concessionario attui un riuso delle acque reimpiegando le acque risultanti a valle del processo produttivo o di una parte dello stesso o, ancora, restituisca le acque di scarico con le medesime caratteristiche qualitative di quelle prelevate. L'aggiornamento dei canoni ha cadenza triennale.

4. L'Autorità d'ambito, al fine della predisposizione del Piano finanziario di cui all'articolo 149, comma 1, lettera c), determina la tariffa di base, nell'osservanza delle disposizioni contenute nel decreto di cui al comma 2, comunicandola all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti ed al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio.

5. La tariffa è applicata dai soggetti gestori, nel rispetto della Convenzione e del relativo disciplinare.

6. Nella modulazione della tariffa sono assicurate, anche mediante compensazioni per altri tipi di consumi, agevolazioni per quelli domestici essenziali, nonché per i consumi di determinate categorie, secondo prefissati scaglioni di reddito. Per conseguire obiettivi di equa redistribuzione dei costi sono ammesse maggiorazioni di tariffa per le residenze secondarie, per gli impianti ricettivi stagionali, nonché per le aziende artigianali, commerciali e industriali.

7. L'eventuale modulazione della tariffa tra i comuni tiene conto degli investimenti pro capite per residente effettuati dai comuni medesimi che risultino utili ai fini dell'organizzazione del servizio idrico integrato.

³⁶ Per la verità tale DM era, comunque, destinato ad essere superato dal provvedimento che l'Agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche dovrà emanare a sensi dell'art. 10, comma 14, lett. d), del DL 13-5-2011, n. 70, convertito nella legge 12-7-2011, n. 106 (GU 160 del 12-7-2011).

locali) e ciò per effetto dell'art. 23-bis, secondo periodo (per il quale: “*Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esso incompatibili*”), dell'art. 23-bis, comma 11 (per il quale: “*L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo*”). e dell'art. 12/1, lett. a) del dpr 7-9-2010, n. 168³⁷;

(e) l'art. 150 del TU 152/2006 sull'ambiente (“*Scelta della forma di gestione e procedure di affidamento*” del servizio idrico integrato) e ciò vuoi sempre per effetto dell'art. 23-bis/1, secondo periodo, vuoi per effetto dell'art. 12/1 lett. b) del dpr 7-9-2010, n. 168³⁸;

(f) il dpr 7-9-2010, n. 168 (*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23 bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno*

³⁷ Con l'abrogazione espressa di tali articoli sembrano superate le perplessità sollevate in ordine alla vigenza dell'art. 35 della l. 448/2001 (v.si: **A.Giorgis-F.Dealessi**, L'(incerto) oggetto giuridico dei referendum sulle modalità di gestione del servizio idrico, Riv. Ass. it. Costituzionalista, n. 00 del 2-7-2010. Articolo pubblicato prima del dpr 7-9-2010, n. 168).

³⁸ L'art. 150 del d.lg. 152/2006 (*Scelta della forma di gestione e procedura di affidamento*) era, prima del referendum, formulato come segue:

1. L'Autorità d'ambito, nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione fra quelle di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

2. L'Autorità d'ambito aggiudica la gestione del servizio idrico integrato mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, secondo modalità e termini stabiliti con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia.

3. La gestione può essere altresì affidata a società partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche, secondo la previsione del comma 5, lettera c), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o a società solo parzialmente partecipate da tali enti, secondo la previsione del comma 5, lettera b), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, purché il socio privato sia stato scelto, prima dell'affidamento, con gara da espletarsi con le modalità di cui al comma 2.

4. I soggetti di cui al presente articolo gestiscono il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale, salvo quanto previsto dall'articolo 148, comma 5.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 [e dell'art. 15 del dl 135/2009, convertito dalla l. 166/2009]) a causa del fatto che, abrogata la normativa dell'art. 23-bis, cade anche quella dalla prima dipendente;

(g) l'art. 148 (Autorità d'ambito territoriale ottimale) del TU 152/2006 (già, comunque [ma a partire dall'1-1-2012], abrogato per effetto del comma 186-bis dell'art. 2 della l. 23-12-2009, n. 191 [legge finanziaria 2010], aggiunto dal comma 1-quinquies dell'art. 1 del d.l. 25-1-2010, n. 2, convertito nella legge 26-3-2010, n. 42)³⁹;

³⁹ Notisi che l'art. 148 del TU 152/2006, al comma 5, prescriveva quanto segue:

5. Ferma restando la partecipazione obbligatoria all'Autorità d'ambito di tutti gli enti locali ai sensi del comma 1, l'adesione alla gestione unica del servizio idrico integrato e' facoltativa per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti inclusi nel territorio delle comunità montane, a condizione che la gestione del servizio idrico sia operata direttamente dall'amministrazione comunale ovvero tramite una società a capitale interamente pubblico e controllata dallo stesso comune. Sulle gestioni di cui al presente comma l'Autorità d'ambito esercita funzioni di regolazione generale e di controllo. Con apposito contratto di servizio stipulato con l'Autorità d'ambito, previo accordo di programma, sono definiti criteri e modalità per l'eventuale partecipazione ad iniziative promosse dall'Autorità d'ambito medesima.

Il comma 186-bis dell'art. 2 della l. 191/2009, aggiunto dal comma 1-quinquies dell'art. 1 del dl 2/210, convertito nella l. 42/2010, così disponeva:

Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d'ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006, sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge.

La "decorrenza dell'effetto abrogativo è stata peraltro posticipata al 31 marzo 2011, ad opera dell'art. 1 del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10, che fa peraltro salva la possibilità di un ulteriore slittamento del termine al 31 dicembre 2011, mediante apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze". (così: **S. Picone**, in Codice dell'ambiente, a cura di **R. Greco**, Nel Diritto Editore, 2009, 559.

Con DPCM 25-3-2011 (ulteriore proroga di termini relativi al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare) il termine è stato prorogato al 31 dicembre 2011. Con detta

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

(h) l'art. 15, comma 1-bis del dl 135/2009, convertito nella l. 166/09 (che fa espresso riferimento all'art. 23-bis);

(i) ogni “norma” che fosse comunque deducibile dalle *prescrizioni normative* sopra elencate⁴⁰ (ad es. la norma di cui all'art. 113/1, primo periodo, del TU 267/2000 e quella di cui al citato articolo, comma 4, lett. b)).

c. Se si considera che (a) l'abrogazione del testo normativo A non fa rivivere il testo normativo B già abrogato da A⁴¹; (b) l'art. 113 del TU 267/2000, già “sostituito” dall'art. 35 della legge 448/2009 (a propria volta modificato dall'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito nella l. 326/2003) e, per i commi abrogati dall'art. 12/1 del dpr 168/2010 (a sua volta abrogato), deve intendersi abrogato; (c) probabilmente l'art. 113, comma 4), lett. b), del TU 267/2000, per effetto del richiamo al comma 7 (già abrogato

proroga anche la soppressione delle *Autorità d'Ambito* è stata spostata al 31-12-2011. La motivazione di detta proroga è stata la seguente: “La proroga intende assicurare l'indispensabile continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali e nell'esercizio delle relative funzioni pubbliche, poiché l'abrogazione delle *Autorità d'Ambito* ad opera dell'articolo 2, comma 186-bis, della legge n. 191/2009, coinciderebbe temporalmente con le prime applicazioni delle disposizioni in tema di affidamento del servizio pubblico locale recate dall'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, rendendo, in caso di intemperività delle leggi regionali di attribuzione delle funzioni delle AATO ad altri soggetti, del tutto critiche le procedure di affidamento stesse. La cessazione delle AATO senza che le Regioni siano intervenute, inoltre, bloccherebbe di fatto l'operatività del predetto art. 23-bis, giacché renderebbe del tutto controvertibile l'identità del soggetto legittimato all'affidamento dei servizi di cui trattasi. La proroga garantisce un ulteriore periodo transitorio, utile al passaggio delle funzioni dalle AATO ai nuovi soggetti individuati dalle regioni, nonché all'apprestamento di opportune iniziative di coordinamento in tal senso.” (così a commento della Tabella 1 del citato DPCM 25-3-2011 (in “Sistema Leggi d'Italia”: <http://bdd.leggiditalia.it/cgi-bin/Fulshow>). Venuto, meno l'art. 23 bis dovrebbe cadere immediatamente, come minimo, il quinto comma dell'art. 148 del d.lg. 152/2006. Le *Autorità d'Ambito* dovrebbero, invece, sopravvivere sino al 31 dicembre 2011.

⁴⁰ Distinguendo, infatti, tra *prescrizioni normative* (o testi scritti di carattere normativo: leggi, regolamenti, direttive eccetera) e il *significato delle stesse* (o *norme*) e tenendo conto che non vi è corrispondenza biunivoca tra *prescrizioni normative* e *norme*, vi è da dire che il referendum abroga non le “norme”, bensì le “*prescrizioni normative*” e, quindi, tutte le norme in astratto deducibili dalle prescrizioni abrogate (v.nsi: **R.Guastini**, Lezioni sul linguaggio giuridico, Giappichelli, 1985; Dalle fonti alle norme, Giappichelli, 1990).

⁴¹ V.si **R.Guastini**, Quindici lezioni di diritto costituzionale, Giappichelli, 1992, pag. 100; Corte Cost. 24/2011; 31/2000; 40/1997.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

dal dpr 7-9-2010, n. 168), deve intendersi abrogato⁴²; (d) l'art. 150 del TU 152/2006 subisce analoga sorte, deve concludersi che il referendum ha condotto, probabilmente, ad un (relativo?) “vuoto” della normativa italiana in ordine alla materia dei “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” e in materia di *tariffa* per il servizio idrico integrato⁴³.

c.1. Facevano (e fanno) eccezione: (a) per le parti non abrogate, il d.lg. 152/2006 relativamente alle prescrizioni sui *servizi ambientali*, incluse quelle sui *rifiuti*, (secondo le modifiche apportate dal d.lg. 3-12-2010, n. 205 [Disposizioni di attuazione della Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19-11-2008 relativa ai *rifiuti* e che abroga alcune direttive])⁴⁴ e sugli altri servizi disciplinati da tale testo normativo; (b) il DL 13-5-2011, n. 70, convertito nella l. 12-7-2011, n. 106 (art. 10,

⁴² L'art. 113/4, lett. b) del TU 267/2000, asserisce:

Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: a) . . . omissis . . . ; b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

⁴³ Parlano di “*totale assenza di normativa nazionale sulla disciplina e/o modalità di gestione dei servizi pubblici locali spazzando via almeno trent'anni di tentativi di avviare un'apertura dei mercati delle pubbliche utilities*”, **F.Federici e M.Castellani**, in “Referendum 2011: effetti sugli Enti locali”, A e C Pubblici utilities 2011. Sostanzialmente in tal senso, v.si **G.Bassi**, Quali scenari per i servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum abrogativo? A e C Public utilities, 2011; **G.Guzzo**, L'assetto della disciplina SPL di rilevanza economica all'indomani del risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011: riflessioni minime, in “Diritto dei Servizi pubblici”, a cura di **C.Tessarolo**, 15-6-2011; **ANCI**, Nota interpretativa; **M.Greco**, Dopo i referendum, come cambiano i servizi pubblici locali a rilevanza economica, Newsletter dell'8-7-2011; **M.Greco**, Il bluff del referendum sull'acqua, Ennanotizie.info del 22-6-2011).

⁴⁴ Il Codice dell'ambiente (d.lg. 152/2006), a parte le “*Disposizioni comuni e principi generali*” (artt. 1-3 *sexies*), si occupa, in specifico: (a) del “*servizio idrico integrato*” (artt. 141-176); (b) della “*gestione dei rifiuti e della bonifica dei siti inquinati*” (artt. 177-266); (c) della “*tutela dell'aria e riduzione delle emissioni in atmosfera*” (artt. 267-298). Ovviamente, e alla luce della incerta nozione di “servizio pubblico generale”, è difficile distinguere i servizi sovra elencati da quelli che hanno a che vedere con le norme sulle VIA e VAS (artt. 4-52), con le norme sulla “*difesa del suolo e [la] lotta alla desertificazione*”, nonché con quelle sulla “*tutela delle acque*”, distinte da quelle sulla “*gestione delle risorse idriche*” (artt. 53-140); norme tutte contenute nel citato Codice dell'ambiente.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

commi 11-28)⁴⁵; (c) il d.lg. 19-11-1997, n. 422, relativo ai *trasporti pubblici locali* (e per le parti non abrogate dall'art. 23-bis), nonché l'art. 61 della l. 99/2009 (cancellazione dell'obbligo di effettuare gare nel *trasporto passeggeri* e, quindi, ripristino della possibilità di affidamenti diretti; disciplina poi modificata con l'art. 4-bis della l. 102/99 e con l'obbligo di effettuare gare per un minimo del 10%); (d) la legge antitrust (l. 287/90, artt. 8 e 9).

c.2. Rimanevano (e rimarrebbero), ovviamente, in piedi la normativa comunitaria costituita: (a) dagli artt. 16, 86/2, 174 e 295 del Trattato CE; (b) dalle direttive sui *rifiuti*; (c) dalla direttiva n. 60 del 23-10-2000 (sull'acqua) e (d) dal Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23-10-2007 relativo ai *servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e n. 1170/70 (in ambito locale ed esclusi quelli regionali)*⁴⁶.

c.3. Dopo il *referendum*, il legislatore italiano ha emanato, prima, il dl 138/2011 (art. 4), conv.to nella l. 148/2011 (poi ancora modificato dall'art. 9 della l. 183/2011 e dall'art. 25 del dl 1/2012), testo normativo poi dichiarato incostituzionale con sentenza n. 199/2012 e, successivamente, il dl 179/2012 (art. 34), conv.to nella l. 221/2012.

⁴⁵ Con l'art. 10, commi 11-28, di tale testo normativo, viene istituita e disciplinata l'*Agenzia nazionale di vigilanza per le risorse idriche*. In particolare l'Agenzia deve predisporre il "*metodo tariffario ... della tariffa del servizio idrico integrato*" (comma 14, lett. d)).

⁴⁶ Secondo la Circolare n. 189/LEG/Re.Mo dell'Associazione Trasporti (ASSTRA) del 5-7-2011, il quadro normativo di riferimento sarebbe, ora, dato dai seguenti testi normativi:

-Regolamento comunitario n. 1370/2007 in materia di servizi di trasporto pubblico passeggeri su strada e per ferrovia, entrato in vigore il 3-12-2009;

-D.lgs. 422/97 e s.m.i. in materia di servizi di trasporto pubblico regionale e locale;

-Art. 61 della legge 99/2009 che ha recepito, in deroga alla disciplina di settore, le modalità di affidamento previste dalla normativa comunitaria.

-Art. 4-bis della legge 102/09 che ha introdotto ulteriori regole per gli affidamenti in house;

-Leggi regionali in materia di trasporto pubblico regionale e locale e di servizi pubblici in generale

-orientamenti comunitari in materia di partenariati pubblico-privati.

Per la Regione Piemonte, si segnala la l.r. del 4-1-2000, n. 1.

Per il trasporto *locale*, si deve fare, quindi, riferimento: (a) agli artt. 18 e 19 del d.lg. 19-11-1997, n. 422; (b) all'art. 6 della l. 23-7-2009, n. 99; (c) al d.l. 1-7-2009, n. 78, convertito nella l. 2-8-2009, n. 102 (che ha inserito l'art. 4-bis all'art. 4 del decreto legge convertito); (d) alle varie leggi regionali. (Per il Piemonte, v.si l.r. 4-1-2001, n. 11: *procedure concorsuali*).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

c.4. Attualmente –a parte la normativa comunitaria- rimarrebbero in piedi: (1) l'art. 3 bis del dl 13-8-2011 n. 138, conv.to nella l. 148/2011 (così **C. Volpe**, La “nuova normativa” sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto “Lazzaro”. Ma è vera resurrezione?, in *Il nuovo Dir. Amm.*, 3/2013, 3 e segg.); (2) l'art. 30, commi 20-23 del dl 179/2012, conv.to nella l. 221/2012; (3) ogni altro testo normativo non coinvolto dall'esito del *referendum* e dalla sentenza della Corte cost. n. 199/2012.

11. Appendice 3.

L'art. 4 del dl 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 135 è formulato come segue:

Art. 4 Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche

In vigore dal 1 gennaio 2013

1. Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si procede, alternativamente:

a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013. Gli atti e le operazioni posti in essere in favore delle pubbliche amministrazioni di cui al presente comma in seguito allo scioglimento della società sono esenti da imposizione fiscale, fatta salva l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, e assoggettati in misura fissa alle imposte di registro, ipotecarie e catastali;

b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° gennaio 2014. Il bando di gara considera, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione. L'alienazione deve riguardare l'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante.

2. Ove l'amministrazione non proceda secondo quanto stabilito ai sensi del comma 1, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della

normativa comunitaria e nazionale.

3. Le disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, alle società che svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché alle società di cui all'articolo 23-quinquies, commi 7 e 8, del presente decreto, e alle società finanziarie partecipate dalle regioni, ovvero a quelle che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari, individuate, in relazione alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare su proposta del Ministro o dei Ministri aventi poteri di indirizzo e vigilanza, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. **Le medesime disposizioni non si applicano qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. Il parere dell'Autorità è comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Le disposizioni del presente articolo non si applicano altresì alle società costituite al fine della realizzazione dell'evento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 agosto 2007, richiamato dall'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto-legge 15 maggio 2012, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2012, n. 100.**

3-bis. Le attività informatiche riservate allo Stato ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 414, e successivi provvedimenti di attuazione, nonché le attività di sviluppo e gestione dei sistemi informatici delle amministrazioni pubbliche, svolte attualmente dalla Consip S.p.A. ai sensi di legge e di statuto, sono trasferite, mediante operazione di scissione, alla Sogei S.p.A., che svolgerà tali attività attraverso una specifica divisione interna garantendo per cinque esercizi la prosecuzione delle attività secondo il precedente modello di relazione con il Ministero. All'acquisto dell'efficacia della suddetta operazione di scissione, le disposizioni normative che affidano a Consip S.p.A. le attività oggetto di trasferimento si intendono riferite a Sogei S.p.A.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

3-ter. Fermo restando lo svolgimento da parte di Consip S.p.A. delle attività ad essa affidate con provvedimenti normativi, le attività di realizzazione del Programma di razionalizzazione degli acquisti, di centrale di committenza e di e-procurement continuano ad essere svolte dalla Consip S.p.A. La medesima società svolge, inoltre, le attività ad essa affidate con provvedimenti amministrativi del Ministero dell'economia e delle finanze. Sogei S.p.A., sulla base di apposita convenzione disciplinante i relativi rapporti nonché i tempi e le modalità di realizzazione delle attività, si avvale di Consip S.p.A, nella sua qualità di centrale di committenza, per le acquisizioni di beni e servizi.

3-quater. Per la realizzazione di quanto previsto dall'articolo 20 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, Consip S.p.A. svolge altresì le attività di centrale di committenza relative alle Reti telematiche delle pubbliche amministrazioni, al Sistema pubblico di connettività ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e alla Rete internazionale delle pubbliche amministrazioni ai sensi all'articolo 86 del decreto medesimo nonché ai contratti-quadro ai sensi dell'articolo 1, comma 192, della legge 30 dicembre 2004, n. 311. A tal fine Consip S.p.A. applica il contributo di cui all'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 177.

3-quinquies. Consip S.p.A. svolge, inoltre, l'istruttoria ai fini del rilascio dei pareri di congruità tecnico-economica da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale che a tal fine stipula con Consip apposita convenzione per la disciplina dei relativi rapporti.

3-sexies. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 possono predisporre appositi piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate. Detti piani sono approvati previo parere favorevole del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi di cui all'articolo 2 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, e prevedono l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all'articolo 118 della Costituzione, che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di in house providing. I termini di cui al comma 1 sono prorogati per il tempo strettamente necessario per l'attuazione del piano di ristrutturazione e razionalizzazione con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, adottato su proposta del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

4. I consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1 devono essere composti da non più di tre membri, di cui due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero due scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta. Il terzo membro svolge le funzioni di amministratore delegato. I dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, ferme le disposizioni vigenti in materia di onnicomprensività del trattamento economico, ovvero i dipendenti della società controllante hanno obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all'amministrazione, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, e alla società di appartenenza. E' comunque consentita la nomina di un amministratore unico. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto.

5. Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge, i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, devono essere composti da tre o cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte. Nel caso di consigli di amministrazione composti da tre membri, la composizione è determinata sulla base dei criteri del precedente comma. Nel caso di consigli di amministrazione composti da cinque membri, la composizione dovrà assicurare la presenza di almeno tre dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero almeno tre membri scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta. In tale ultimo caso le cariche di Presidente e di Amministratore delegato sono disgiunte e al Presidente potranno essere affidate dal Consiglio di amministrazione deleghe esclusivamente nelle aree relazioni esterne e istituzionali e supervisione delle attività di controllo interno. Resta fermo l'obbligo di riversamento dei compensi assembleari di cui al comma precedente. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

presente decreto.

6. A decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria. Gli enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile, che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche. Sono escluse le fondazioni istituite con lo scopo di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica e gli enti e le associazioni operanti nel campo dei servizi socio-assistenziali e dei beni ed attività culturali, dell'istruzione e della formazione, le associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, gli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, le organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, le associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, nonché le associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali.

6-bis. Le disposizioni del comma 6 e del comma 8 non si applicano all'associazione di cui al decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 6. A decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il relativo consiglio di amministrazione è composto, oltre che dal Presidente, dal Capo del dipartimento della funzione pubblica, da tre membri di cui uno designato dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione e due designati dall'assemblea tra esperti di qualificata professionalità nel settore della formazione e dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Ai membri del consiglio di amministrazione non spetta alcun compenso quali componenti del consiglio stesso, fatto salvo il rimborso delle spese documentate. L'associazione di cui al presente comma non può detenere il controllo in società o in altri enti privati e le partecipazioni possedute alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono cedute entro il 31 dicembre 2012.

7. Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo. È ammessa l'acquisizione in via diretta di beni e servizi tramite convenzioni realizzate ai sensi dell'articolo 30 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, dell'articolo 7 della legge 11 agosto 1991, n. 266, dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dell'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381. Sono altresì ammesse le convenzioni siglate con le organizzazioni non governative per le acquisizioni di beni e servizi realizzate negli ambiti di attività previsti dalla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e relativi regolamenti di attuazione.

8. A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Sono altresì fatte salve le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore a 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, degli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, delle associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, delle organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e delle cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381.

8-bis. I commi 7 e 8 non si applicano alle procedure previste dall'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381.

9. A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2015, alle società di cui al comma 1 si applicano le disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante. Resta fermo, sino alla data di entrata in vigore del presente decreto, quanto previsto dall'articolo 9, comma 29, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Salva comunque l'applicazione della disposizione più restrittiva prevista dal primo periodo del presente comma, continua ad applicarsi l'articolo 18, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

10. A decorrere dall'anno 2013 le società di cui al comma 1 possono avvalersi di personale a tempo determinato ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009. Le medesime società applicano le disposizioni di cui all'articolo 7, commi 6 e 6-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

successive modificazioni, in materia di presupposti, limiti e obblighi di trasparenza nel conferimento degli incarichi.

11. A decorrere dal 1° gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2014 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti delle società di cui al comma 1, ivi compreso quello accessorio, non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011.

12. Le amministrazioni vigilanti verificano sul rispetto dei vincoli di cui ai commi precedenti; in caso di violazione dei suddetti vincoli gli amministratori esecutivi e i dirigenti responsabili della società rispondono, a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati.

13. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle società quotate ed alle loro controllate. Le medesime disposizioni non si applicano alle società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio. L'amministrazione interessata di cui al comma 1 continua ad avvalersi degli organismi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 14 maggio 2007, n. 114. Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.

14. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto è fatto divieto, a pena di nullità, di inserire clausole arbitrali in sede di stipulazione di contratti di servizio ovvero di atti convenzionali comunque denominati, intercorrenti tra società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, e amministrazioni statali e regionali; dalla predetta data perdono comunque efficacia, salvo che non si siano già costituiti i relativi collegi arbitrali, le clausole arbitrali contenute nei contratti e negli atti anzidetti, ancorché scaduti, intercorrenti tra le medesime parti.

L'art. 3 bis del dl 13-8-2011, n. 138, convertito nella l. 148/2011, è formulato come segue:

Art. 3-bis. Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali (78)

In vigore dal 19 dicembre 2012

1. A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni presentata entro il 31 maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'articolo 30 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma che opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma. Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio. (79)

1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo. (80)

2. In sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta.

3. A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali, comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità.

4. Fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa.

5. **Le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.**

6. Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori.

Appendice 4

I servizi pubblici, la libera concorrenza, le società in house.

0. Le nozioni di *servizio pubblico*, *concorrenza*, *società pubbliche* sono tra di loro intrecciate perché, tutte, hanno a che vedere quella di *stato sociale* come ente

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

allocatore di risorse⁴⁷ che, entro certi limiti, redistribuisce la ricchezza. Nozioni, quindi, che nascono e si affermano allorché le società occidentali (e non solo quelle) si distaccano, a livello teorico e politico, dalla concezione dello *Stato carabiniere* per pervenire a concepire lo Stato come ente che interviene, più o meno pesantemente, nell'economia. Infatti lo Stato carabiniere dovrebbe limitare, tendenzialmente, i propri interventi ad attività di *difesa* dei cittadini da aggressioni esterne e da aggressioni, all'interno, tra i cittadini per tutelarne la loro libertà⁴⁸. Detto Stato può ridursi a due, al massimo a tre ministeri: quello degli esteri e quello degli interni. Il terzo dovrebbe incassare quel minimo di imposte per la sussistenza dello Stato come ente. Per il resto, in una concezione <<liberal-liberista>>, dovrebbe prevalere il principio del *laissez faire, laissez passer*. Nozioni (quelle di cui al titolo), di conseguenza, eminentemente storiche. Nascono e si affermano con l'affermarsi di una o più delle tante *sinistre* che hanno caratterizzato il XX secolo: il socialismo (marxista o meno), il pensiero e il movimento cattolico alla J. Maritain, il liberalismo alla Keynes eccetera.

0.1. Con l'affermarsi dello “*Stato sociale*”, nasce, comunque, l'idea di una <<costituzione economica>> improntata a principi di <<socialità>> (v.nsi, per l'Italia, gli artt. 41/2 e 3, 42, 43 Cost.).

E se si dovesse utilizzare una metafora per caratterizzare lo *Stato carabiniere* in contrapposizione allo *Stato sociale*, si potrebbe ricorrere al “*Tableau economique*” di Quesnay.

Mentre alla luce della concezione “liberal-liberista” pura, la *circolazione* e l'*allocazione* del prodotto netto, del *surplus* (allora *agricolo* e oggi di ogni fattore della produzione: si direbbe, attualmente, del *risparmio*) avviene in maniera naturale tra le classi (allora di quella *produttiva* e di quella *sterile*; oggi di tutti i cittadini con il contributo prevalente degli istituti bancari), con lo “Stato sociale” tale circolazione naturale viene perturbata più o meno pesantemente dalle istituzioni pubbliche al fine di tutelare le fasce più deboli della popolazione. Da qui, quindi, il sorgere e l'affermarsi della nozione di *servizio pubblico* come *servizio universale* (ma sostanzialmente a favore delle classi più deboli) e di quella di un certo tipo di *concorrenza* (quella “per” il mercato in antitesi a quella “nel” mercato), nonché l'affermarsi di tutta una normativa pubblicistica tesa ad apprestare allo Stato i “mezzi” per raggiungere certi fini sociali (la normativa sui *contratti di spesa* di cui ai rr.dd. 2440/23 e 825/24 e, oggi, la normativa di cui al d.lg. 163/2006, nonché quella sugli *enti pubblici economici* e sulle *società*

⁴⁷ V.si **J. E. Stiglitz**, Il ruolo economico dello Stato, 1992.

⁴⁸ Ne cives ad arma ruant.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

pubbliche di cui quelle in house sono parte).

0.2. Oggi il quadro sub 0.1. è in crisi. Si suppone, soprattutto a livello comunitario, che le virtù del mercato e della libera concorrenza eliminino, come regola, le più clamorose diseguaglianze sociali: i servizi pubblici diventano di *interesse economico generale* e, quindi, devono essere pagati, salvo motivate ragioni in contrario, da tutti i cittadini. Restano solo i servizi di carattere non economico. Lo Stato deve intervenire nell'economia in maniera *sussidiaria* e, quindi, sono normalmente vietati gli *aiuti di Stato* e sono mal viste le società pubbliche.

0.3. Vediamo, ora, alla luce di quanto sopra detto le nozioni di *servizio pubblico*, *concorrenza*, *società pubbliche*.

1. Servizi pubblici.

1.1. La nozione di “servizio pubblico” è tra le più tormentate ed indeterminate.

Infatti si passa da un “elenco” (non tassativo) di “servizi pubblici” (locali [legge Giolitti del 1903; TU del 1925] e “non” [v.si art. 2451 cc]) a formulazioni più generiche per le quali è servizio pubblico quello rivolto a soddisfare bisogni di comunità “locali” più o meno vaste e “nazionali” (artt. 22 e segg. della l. 142/90; 112 e 113-bis del TU 267/2000; art. 2451 cc).

Da qui il sorgere di ben tre concezioni sui servizi pubblici: (a) quella *soggettiva* (è servizio pubblico quello gestito da un qualsiasi ente pubblico: es.: la gestione calore per stabili di un Comune); (b) quella *oggettiva* (è servizio pubblico quello che è teso a soddisfare bisogni sociali sia esso gestito da un ente pubblico o da un privato [“*gli enti locali ... provvedono alla gestione di servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”: art. 112 TUEL); (c) quella *soggettiva e oggettiva* (è servizio pubblico quello gestito anche da privati sui quali l'ente pubblico abbia un qualche controllo. Non sarebbe, ad esempio, un servizio pubblico quello dell'istruzione gestita da un privato senza controlli statali o di altro ente pubblico). Non solo: gli “elenchi” non sono spariti. (Un elenco di tal genere si trova nella legge che disciplina lo sciopero dei “servizi pubblici essenziali”: l. 146/90).

1.2. A livello comunitario, poi, si hanno le seguenti nozioni: (a) “servizi” (artt. 16 e 50 del Trattato CE: l'art. 50 contiene un “elenco” dei “*servizi [che consistono] in prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*”)⁴⁹; (b) “servizi di interesse economico generale” (art. 86/2 del Trattato); (c)

⁴⁹ L'articolo 50 è così formulato:

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

servizi non aventi rilevanza economica (quelli che sono disciplinati dall'art. 113-bis del TUEL).

I servizi sub(b) sono, di regola, servizi a pagamento, salvo contraria motivazione (“Libro verde” sui servizi del 14-1-2004: art. 35; Direttiva 60/2000/CE sull'acqua: “considerando” 1), 15), 29), 38), artt. 5 e 9 e Allegato III; Comunicazione della Commissione 2001/C, part. 19, 20-28; Comunicazione della Commissione del 20-11-2000).

Non solo: sono gli Stati (in genere gli “enti locali”) a dover decidere sulla distinzione tra “servizi di interesse economico generale” e “servizi sociali” tout court.

1.3. In sintesi si possono tentare le seguenti distinzioni e definizioni: (a) sono *funzioni pubbliche* quelle tipiche dei *poteri* (legislativo, esecutivo e giudiziario) istituzionali; (b) sono “servizi” quelli degli artt. 16 e 50 del Trattato CE; (c) sono “servizi di interesse economico generale” quelli dell'art. 86/2 del Trattato CE (a pagamento, salva motivata decisione in contrario: in tal caso non sussiste il divieto degli “aiuti di Stato” ex artt. 87 e segg. Trattato CE); (d) sono servizi pubblici privi di rilevanza economica (art. 13-bis del TUEL) quelli così definiti dalle istituzioni pubbliche (in particolare dagli enti locali).

1.3.1. Trattasi di definizioni e distinzioni dai confini labili. A rigore un “elenco” di tali servizi dovrebbe comprendere: (a) quelli di “interesse generale” ex art. 2451 cc; (b) quelli di interesse locale aventi carattere economico: quindi per farne un elenco occorrerebbe un'analisi di come si sono comportati sul punto gli ee.ll., gli enti pubblici economici ecc; (c) quelli definiti “privi di rilevanza economica”; (d) quelli rilevanti ai fini dello *sciopero* (ex artt. 1 e 2 della l. 12-6-1990, n. 146 in relazione al Dpcm 30-12-1993, n. 593).

Ai sensi del presente trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitoli e delle persone.

I servizi comprendono in particolare:

- a) attività di carattere industriale;
- b) attività di carattere commerciale;
- c) attività artigiane;
- d) attività delle libere professioni.

Senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

1.4. Oggi, poi, a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008, convertito nella l. 133/2008 e s.m.i. in forza dei *referendum* del 12 e 13-6-2011, la materia dei “*servizi pubblici locali a rilevanza economica*” è stata ridisciplinata (quasi in maniera identica, fatta eccezione per il “servizio idrico integrato”) dall'art. 4 del d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011 (a sua volta modificato dall'art. 9 della l. 183 del 12-11-2011 e dell'art. 26 del DL 1/2012), poi dichiarato incostituzionale con sentenza n. 199/2012 (per la normativa successiva v.si **Appendice 3**).

2. La concorrenza.

2.1. I beni aventi non solo un “valore d'uso”, ma anche un “valore di scambio” vengono normalmente scambiati sul mercato in regime di concorrenza, di oligopolio e di monopolio. Siccome le situazioni di monopolio vengono viste con sfavore, in quasi tutti i Paesi occidentali esistono leggi *antitrust* (per l'Italia, v.si la l. 287/90).

La comunità europea è basata su una concezione “liberal-liberista”: i rapporti economici (tendenzialmente tutti) devono essere liberi. Quindi i beni di scambio (inclusi i servizi) devono essere oggetto di libera contrattazione “nel” mercato. Ciò, però, non sempre è possibile: specie nel caso di “monopoli naturali”.

Solo in via *sussidiaria* viene ammesso che i *servizi di rilevanza economica* (inclusa l'acqua) vengano parzialmente sottratti al mercato e ciò o con parziale accollo dei costi a carico dei bilanci pubblici o tramite gestioni pubblicistiche.

2.2. La nozione di concorrenza “nel” mercato è diversa da quella “per” il mercato. Quest'ultima implica che, come regola, anche i servizi pubblici di rilevanza economica (e non solo quelli) siano sì “normati” da istituzioni pubbliche ma “gestiti” da “privati concessionari” previa gara (d.lg. 163/06). La gara cioè garantisce una specie di “concorrenza” per il mercato.

3. Le società pubbliche.

3.1. Venuta in gran parte meno la necessità di gestioni pubblicistiche di servizi pubblici, vengono viste con sfavore sia le *società di interesse nazionale* (art. 2451 cc), che quelle pubbliche (art. 2449 cc e discipline specifiche connesse. V.nsi, in particolare, l'art. 3/27 della l. 24-12-2007, n. 244 e l'art. 8 del dl 98/2011).

3.2. In particolare le *società in house* (interamente pubbliche, istituite per gestire servizi già municipalizzati e quindi “controllate” dagli enti titolari del relativo capitale sociale) non dovrebbero sopravvivere se non per gestioni di servizi di valore non rilevante (200.000 euro: comma 8 dell'art. 4 del DL 95/2012 conv.to nella l. 135/2012). In realtà –e il “diavolo sta nei dettagli”- le “società in house” sopravviveranno per le gestioni di servizi il cui importo annuale non superi i 200.00 euro (art. 4/13); (b) per effetto del “regime transitorio” (di cui al testo normativo prima citato); (c) per realtà

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

giuridiche non coinvolte dal *referendum* del 2011 e per la normativa trascritta nell' **Appendice 3** e per l'art. 30, co. 20-23, del dl 179/2012 conv.to nella l. 121/2012.

3.3. Dette società sono, comunque, concepite come “*società-organo*” e, quindi, legate agli ee.ll. titolari del relativo capitale da un rapporto pubblicistico di *medesimezza*. Da qui la loro poca autonomia e la loro natura di “quasi enti pubblici”. Infatti dette società in tanto sono legittime in quanto gli ee.ll. esercitino su di esse una *controllo analogo* a quello esercitato sui loro *uffici*. Da ultimo, v.si Corte Giust. UE, III, 29-11-2011, C-182 e 183/2011/*Econord*).

3.4. Per quanto concerne il c.d. “controllo analogo” occorre precisare quanto segue.

Il soggetto gestore si presenta quindi come una sorta di “longa manus” dell'amministrazione affidante, pur conservando formalmente natura distinta e autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questa.

Nella pratica questo tipo di controllo può esplicitarsi, in via esemplificativa:

- nell'obbligo di trasmissione e di preventiva approvazione dei documenti di programmazione e del piano industriale; nella facoltà di modifica degli schemi tipo di “Contratto di Servizio”; nel potere di verifica dello stato di attuazione degli obiettivi assegnati anche sotto il profilo della efficacia, efficienza ed economicità della gestione;
- nell'approvazione da parte dell'Amministrazione delle deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria e degli atti fondamentali della gestione (il bilancio, il budget, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo);
- nella nomina e revoca di componenti del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale della società da parte del soggetto controllante.

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che, seppur in astratto, è configurabile un “controllo analogo” anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dell'ente medesimo. Tuttavia, una tale forma di partecipazione “può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale”.

In tale ottica, la partecipazione pubblica indiretta, anche se totalitaria, è in astratto compatibile, ma affievolisce comunque il controllo.

Sempre la giurisprudenza ha precisato che il controllo analogo non è neanche escluso dalla circostanza che il pacchetto azionario della società sia posseduto (anche in misura esigua per ciascuno) da una pluralità di enti pubblici.

REGISTERED CAPITAL REFORM IN COMPANY LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

It has been the fourth time after the first revision of the Company Law in China since 1999. In order to lower the market entrance threshold and to encourage the set-up of SMEs; China's legislature passed the proposal for amendment to the Company Law of the PRC on 28th, Dec, 2013. The recently revised provisions are primarily concerned with the reform of registered capital system, such as cancellation of the minimum capital requirement and shifting from actual capital contribution to authorized capital contribution. In general, there are twelve clauses revised in the new Company Law which will be put into force from 1st, March, 2014. Hence, it is worthwhile to assess the pros and cons that the new law may bring forth for whom are evaluating the investment opportunities in China

di JIAN HE (*)

1. Introduction

After its reform and opening-up to the world, China firstly enacted the Company Law in 1993. Although it has only been 20 years after the Company Law had been introduced, it has undergone four revisions. The frequency of revision was high after the first introduction in 1999. Until the latest revision, Company Law has been revised in both 2004 and 2005. On the whole, it shows the government's attitude to further open the market and investor's higher confidence level to invest in such new economy body from each time period of revision of the Company Law. Besides, there are three pieces of Judicial Interpretation of the Company Law for Applications (which is called *zuigaorenminfayuan sifajieshi*) issued by the Supreme Court of the PRC. As the Financial crisis hit the globe, China was not an exception. Chinese government was aware of their over-intervention of the market, heavy regulations and the cumbersome bureaucracy which would negatively affect the efficiency of the economy. In order to loosen the regulation over the company and to promote easier access to setup Small and Medium Enterprises (SMEs) that can foster efficiency and competitiveness of business,

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LEGGE SOCIETARIA CINESE

China takes bold measures to revise its Company Law in 2013 by abolishing the minimum capital requirement.

To sum up, there are three reasons leading to the revision. First, after the newly-elected government Cabinet came into being in 2013, they have to take comprehensive measures in order to gain the popularity and won the support from the mass and there are series of reforming measures issued; the reform in the business field occupies a lion's share. Secondly, GDP growth rate is 7.7% in 2013,¹ compared with previous year, it is apparent that economic development slows down in China after the financial crisis sweeps over the world. To adjust the economic structure that steers towards the sound development of the economy and to create employment opportunities for more college graduates are on the governor's top agenda. Thus, the reform in the capital registration system helps level the playing field for market players, spurs their business zest, and promotes the economic development accompanied with the birth of more business entities. Third, threshold for starting business is high in China, especially starting the business in the form of a company. Minimum capital contribution which amounts to EUR3500 are required be paid immediately upon incorporation. If choosing a single-member limited liability company, the capital contribution is as three times more than corporation. It is costly for those who want to run the SMEs, but capital restriction becomes their biggest headache. In consideration of the above perplexing problems, China decided to revise the Company Law concerning registered capital and its contribution.

2. Overview of the Revisions

Revision of the Company Law in 2013 includes three aspects. *A.* Loosening of the registered capital requirement and minimum amount of capital contribution are no longer mandatory, such as the abolishment of capital contribution of RMB 30,000 for Limited Liability Company, RMB 100,000 for Single Member Limited Liability Company and RMB 5million for Joint Stock Limited Company, except the provisions of that law or administrative regulation otherwise prescribed. *B.* Removal of the

(*) Jian He, LL.M graduated from Katholieke Universiteit Leuven, currently PhD candidate in School of Law, Fudan University, Shanghai, China. Research fields: International Commercial Law, Company Law.

¹ China's GDP growth rate, available at http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201401/t20140121_502731.html, (accessed 10 January, 2014).

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LEGGE SOCIETARIA CINESE

restriction in amount of initial capital contribution and the period for paid-up capital upon incorporation. C. No record of the paid-up capital of the company in the business license and the Registrar. In order to have a clear picture of the revisions made in the Company Law, twelve related clauses, paragraphs and items before revision and after amendment are quoted, all the modified or deleted part will be italicized as following:

Article 7 *For a lawfully established company, the company registration authority shall issue the company business license to it, and the date of issuance of the company business license shall be the date of establishment of the company. The company business license shall state the name, domicile, registered capital, actually paid capital, business scope, the name of the legal representative and etc. If any of the items as stated in the business license is changed, the company shall modify the registration, and the company registration authority shall replace the old business license by a new one.*

In this article, **actually paid capital** is deleted.

Article 23 *The establishment of a limited liability company shall satisfy the following conditions:*

- (1) the number of shareholders accords with the quorum;*
- (2) the amount of capital contributions paid by the shareholders reaches the statutory minimum amount of the registered capital;*
- (3) the articles of association are worked out jointly by shareholders;*
- (4) the company has a name and its organizational structure complies with that of a limited liability company; and*
- (5) the company has a domicile.*

In this article, Item 2 is modified to be **the amount of capital contributions subscribed to by the shareholders reaches the statutory amount of the registered capital.**

Article 26 *The registered capital of a limited liability company shall be the total amount of the capital contributions subscribed to by all the shareholders that have registered in the company registration authority. The amount of the initial capital contributions made by all shareholders shall be not less than 20% of the registered capital, nor less than the statutory minimum amount of registered capital, and the margin shall be paid off by the shareholders within 2 years as of the day when the company is established; as for an investment company, it may be paid off within 5 years. The minimum amount of registered capital of a limited liability company shall be RMB 30,000 Yuan. If any law or administrative regulation prescribes a relatively*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LEGGE SOCIETARIA CINESE

higher minimum amount of registered capital of a limited liability company, the provisions of that law or administrative regulation shall be followed.

This article is modified to be **The registered capital of a limited liability company shall be the total amount of the capital contributions subscribed to by all the shareholders that have registered in the company registration authority. If any law or administrative regulation prescribes paid-up capital and minimum amount of registered capital of a limited liability company, the provisions of that law or administrative regulation shall be followed.**

Article 27 A shareholder may make capital contributions in currency, in kind or intellectual property right, land use right or other properties that may be assessed on the basis of currency and may be transferred according to law, excluding the properties that shall not be treated as capital contributions according to any law or administrative regulation.

The value of the properties as capital contributions shall be assessed and verified, which shall not be over-valued or under-valued. If any law or administrative regulation prescribes the value assessment, such law or administrative regulation shall be followed.

The amount of the capital contributions in currency paid by all the shareholders shall be not less than 30% of the registered capital of the limited liability company.

In this article, **the paragraph 3 is deleted.**

Article 29 The capital contributions made by shareholders shall be checked by a lawfully established capital verification institution, which shall issue a certification.

This article is deleted.

Article 30 After the initial capital contributions made by the shareholders for the first time have been checked by a lawfully established capital verification institution, the representative designated by all the shareholders or the agent entrusted by all the shareholders shall apply for establishment and registration with a company registration application, the articles of association, capital verification and other documents to the company registration authority.

In this article, the Article 30 is modified to be **the Article 29**, and is modified as **After the statutory capital contributions fully subscribed to by the shareholders, the representative designated by all the shareholders or the agent entrusted by all the shareholders shall apply for establishment and registration with a company**

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LEGGE SOCIETARIA CINESE

registration application, the articles of association and other documents to the company registration authority.

Article 33 *A limited liability company shall prepare a register of shareholders, which shall specify the following:*

- (1) the name of every shareholder and his/its domicile thereof;*
- (2) the amount of capital contribution made by every shareholder;*
- (3) the serial number of every capital contribution certificate.*

The shareholders recorded in the register of shareholders may, in light of the register of shareholders, claim to and exercise the shareholder's rights.

A company shall register every shareholder's name and the amount of its capital contribution in the company registration authority. Where any of the registered items is changed, it shall handle the modification of the registration. If the company fails to do so, it shall not, on the basis of the unregistered or un-modified registration item, stand up to any third party.

In this article paragraph 3, and the amount of its capital contribution is deleted.

Article 59 *The minimum amount of registered capital of a single member limited liability company shall be RMB 100, 000 Yuan. The shareholder shall, in a lump sum, pay the capital contribution as specified in the articles of association.*

One natural person is allowed to establish merely one single member limited liability company which shall not set up any further single member limited liability company.

In this article, the paragraph 1 is deleted.

Article 77 *The establishment of a joint stock limited company shall meet the following conditions:*

- (1) the number of initiators meets the quorum;*
- (2) the capital stock subscribed to and raised by the initiators reaches the minimum amount of the statutory capital;*
- (3) the issuance of shares and the preparatory work accord with the provisions of the law;*
- (4) the articles of association are formulated by the initiators, and are adopted at the establishment meeting if the company is to be launched by stock floatation;*
- (5) the company has a name, and its organizational structure accords with that of a joint stock limited company*
- (6) the company has a domicile.*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LEGGE SOCIETARIA CINESE

In this article, the Article 77 is modified to be **the Article 76**, and the Item 2 is modified to be **The capital stock subscribed to or raised by the initiators reaches the full amount of the statutory capital;**

Article 81 *Where a joint stock limited company is established by promotion, its registered capital shall be the total capital stock subscribed to by all the initiators as registered in the company registration authority. The minimum amount of initial capital contributions to be made by all initiators shall be not less than 20% of the total registered capital, and the remaining amount shall be paid off by the initiators within 2 years as of the day when the company is established, while for an investment company, the remaining amount may be paid off within 5 years. Before the registered capital is paid off, no stock may be offered to others for subscription.*

Where a joint stock limited company is established by stock floatation, its registered capital shall be the total actually paid capital stock as registered in the company registration authority.

The minimum amount of the registered capital of a joint stock limited company shall be RMB 5 million Yuan. If any law or administrative regulation prescribes a relatively higher minimum amount of registered capital, such provision shall be followed.

In this article, the Article 81 is modified to be **the Article 80**, paragraph 1 is modified as **Where a joint stock limited company is established by promotion, its registered capital shall be the total capital stock subscribed for by all the initiators as registered in the company registration authority. Before the registered capital is paid off, no stock may be offered to others for subscription;**

Paragraph 3 is modified to be **If any law or administrative regulation prescribes paid-up capital and minimum amount of registered capital, such provision shall be followed.**

Article 84 *When establishing a joint stock limited company by promotion, the initiators shall subscribe, in writing, for the full amount of shares prescribed in the articles of association. In the case of paying the capital contributions at one time, the initiators shall make the payment in a lump sum; in the case of paying the capital contributions by installments, the initiators shall make the down payment immediately. In the case of making capital contributions in properties, the initiators shall go through the procedures for the transfer of property rights according to law.*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LEGGE SOCIETARIA CINESE

If any of the initiators fails to make capital contributions by following the provisions of the preceding paragraph, it shall bear the liabilities for breach of contract according to the stipulations in the initiators agreement.

After the initiators have made their down payment, they should elect the board of directors and the board of supervisors. The board of directors shall file a registration application with the company registration authority and submit thereto the articles of association, the capital verification certification as issued by a lawfully established capital verification institution, as well as other documents as stimulated by the laws and administrative regulations.

In this article, the Article 84 is modified to be **the Article 83**, and the paragraph 1 is modified to be **When establishing a joint stock limited company by promotion, the initiators shall subscribe, in writing, to the full amount of shares and pay the capital contributions as prescribed in the articles of association. In the case of making capital contributions in properties, the initiators shall go through the procedures for the transfer of property rights according to law.**

Paragraph 3 is modified to be **After the initiators have subscribed to the full amount of the statutory capital, they should elect the board of directors and the board of supervisors. The board of directors shall file a registration application with the company registration authority and submit thereto the articles of association as well as other documents as stimulated by the laws and administrative regulations.**

Article 178 *Where a company finds it necessary to reduce its registered capital, it must work out balance sheets and checklists of properties.*

The company shall, within ten days as of the day when the decision of reducing registered capital, notify the creditors and make a public announcement on a newspaper within 30 days. The creditors shall, within 30 days as of the receipt of a notice or within 45 days as of the issuance of the public announcement if it fails to receive a notice, be entitled to require the company to clear off its debts or to provide corresponding guarantees.

The registered capital of the company after reducing its registered capital shall not be any lower than the bottom line requirement as provided for by law.

In this article, **the paragraph 3 is deleted.**

Note: The order of all the articles in the Company Law would be adjusted accordingly.

As detailed out in the above, it is clear that all the revised content focuses on the registered capital system. There is no minimum registered capital and minimum capital

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LEGGE SOCIETARIA CINESE

contribution anymore; everyone is able to set up the limited liability company so long as he subscribes to the registered capital in the articles of the association. The capital contributions made by promoters no longer have to be checked by a lawfully established capital verification institution. Thus it could save much cost for those who have interest in setting up a limited liability company. Since every coin has two sides, some observations are going to be made for reference as the revised Company Law is soon to be in effect.

3. Possible Influences

Announcement of the motion for amending the Company Law has been awaited among certain scholars and businessmen in China. They are trumpeting for the removal of the minimum capital. It's undeniable that such amendment would encourage the investment of whom is lack of cash to start off the business and help develop the economy in certain degree. But there are also different opinions existing in China regarding the reform of the registered capital.²

Theoretically speaking, principle of capital maintenance would be repudiated. Since the minimum capital disappears, creditors will be less protected, since China still strives for building social credit system. Though there are some administrative measures adopted to solve this issue, such as annual financial reporting of the company to well protect the key interests of the third party and anyone may inquire for more information about the company. In comparison with the developed countries, it is apparent that China learns from America, such as abolishing the minimum capital requirement.³ In EU, most of the jurisdictions do require the contribution of share capital upon incorporation, and in Italy, it also requires the minimum corporate capital, which is equal to EUR10,000.⁴ It is hard to say whether China's practice has already been in line with international practice or not. Some scholars criticized that the Company Law goes to another radical way. It is their wish to change once for all when such absolute method is employed, but it seems overdone. Whether it is a limited liability company or a joint stock company, which is similar to private company and public company, and no distinctions of capital contribution are made between them in this time's revision of the

² Opinions on the revision of the Company Law of the PRC, available at <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=60050>, (accessed 20, January, 2014).

³ R.W. Hamilton(1996), *The Law of Corporations in a Nutshell*, 4th Edition, West Publishing Co., Minnesota.

⁴ Karel Van Hulle, Harald Gesell(2006), *European Corporate Law*, NOMOS, Germany.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LEGGE SOCIETARIA CINESE

Company Law. What's more, in Criminal Law of the PRC, that reporting false amount of registered capital, fraudulent capital contribution and withdrawal of capital are an offence to the Criminal Law. However, reform of the registered capital in the Company Law goes ahead of the Criminal Law because cancellation of the minimum capital requirement means these behaviors should be decriminalized, but the Criminal Law does no response. The Legislature should make the Company Law act hand in hand not only with the Criminal Law, but also the Securities Law, so that the newly revised law could give full play.

Practically speaking, threshold is so low that there would spring up thousands of companies in China. On one hand, there is an advantage of the limited liability protection for shareholders, but some would exploit the distinct identity of the company, on the other hand, dummy companies can hardly be avoided, and abuse of the corporate personality will become more often. If shareholders do not contribute the subscribed capital to the company, capital contribution disputes between shareholders and their civil liabilities ensued during the incorporation, running and liquidation of the company due to the insufficient capital. All these would be a great challenge to Chinese judges for dealing with such cases. In 2011, the Supreme Court of the PRC once issued the Judicial Interpretation of the Company Law mainly on the capital contribution and shareholders' liabilities. Now the capital contribution system has been revised, the predictability of the law is undermined.

4. Conclusion

China's positive attitude to develop its business and willingness to make changes in the Company Law should be appreciated. In the past 20 years, the Company Law has experienced four times of revision, the achievements are great. But this time, it seems radical because it's going too far when taking China's current market supervision and credit system into consideration as a whole. Thus, it is hard to predict what will happen without minimum capital requirement in the market, so it's important to evaluate the new Company Law's influence to the economy.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

BANCA D'ITALIA

Disposizioni di vigilanza per le banche – All'esito della consultazione conclusasi il 23 gennaio 2014 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 1/2014 di questa *Rivista*), la Banca d'Italia ha pubblicato il primo aggiornamento della *Circolare n. 285* del 17 dicembre 2013, con il quale è stato inserito, nella Parte Prima delle *Disposizioni di vigilanza per le banche*, il Titolo IV, dedicato a “*Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi*”. Le nuove disposizioni recepiscono nel nostro ordinamento le indicazioni della Direttiva 2013/36/UE (cd. CRD IV).

L'aggiornamento del 6 maggio 2014, i commenti ricevuti ed il resoconto della consultazione sono disponibili sul sito www.bancaditalia.it.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD

IFRS 11 – Lo IASB ha diffuso il 6 maggio 2014 un documento (*Accounting for Acquisitions of Interests in Joint Operations*) concernente alcuni *amendments* apportati al principio *IFRS 11 - Joint Arrangements*, nel quale sono approfondite le modalità di contabilizzazione di interessenze in operazioni congiunte che costituiscono un *business*.

GIURISPRUDENZA

Applicabilità dell'art. 1459 c.c. ai patti parasociali – La Corte di Cassazione (Cass. prima sezione civile, n. 9846 del 2014, rel. Loredana Nazzicone, depositata il 7 maggio 2014) ha recentemente affermato l'applicabilità ai patti parasociali dell'art. 1459 c.c. In particolare, è stato stabilito che “*Attesa, inoltre, la varietà del regolamento degli interessi che grazie ad esso si possono perseguire, il patto [parasociale] può presentarsi, volta a volta, come bilaterale, plurilaterale o a parti complesse (...); né è aliena poi da tale figura la corrispettività delle prestazioni, in quanto, pur nel collegamento negoziale con l'atto costitutivo e lo statuto societario, le parti dell'accordo parasociale ben pos-*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

sono concepire le reciproche prestazioni come legate da un nesso oggettivo di corrispettività, tutte le volte che, a fronte della concessione di vantaggi, l'altra parte si aspetti a propria volta un beneficio, a quella collegato. Nelle stesse società, le norme sull'esclusione del socio, come quelle sul recesso, pur nel loro carattere speciale, nella sostanza sono dettate in luogo di quelle generali sulla risoluzione per inadempimento dei contratti con prestazioni corrispettive di cui agli artt. 1453 e ss. cod. civ., in tal modo assimilando negli effetti la vicenda del singolo rapporto a quella risolutoria" (pag. 15 della sentenza).

Il principio di diritto ha trovato applicazione nella vicenda concreta poiché il patto parasociale di cui si è occupata la Corte non si limitava a disciplinare la governance societaria della società partecipata ma era volto a regolare un più ampio progetto di risanamento e rilancio della produzione aziendale (pp. 16-17 della sentenza).

Il testo integrale della decisione segnalata è inedito, per informazioni contattare la redazione di questa *Rivista*.

Contratto di compravendita di quote sociali – Il Tribunale di Milano ha ribadito che la cessione di quote ha come *“oggetto immediato la partecipazione sociale – intesa come insieme di diritti, poteri ed obblighi sia di natura patrimoniale sia di natura c.d. amministrativa in cui si compendia lo status di socio – e soltanto quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che la partecipazione rappresenta”*. Sicché il cessionario, qualora *“le quote sociali cedute non abbiano le qualità promesse, per essere il patrimonio sociale, o i singoli beni da cui è composto, risultato diverso da quello rappresentato dal venditore al momento della stipulazione del contratto, non può far valere gli eventuali vizi o la mancanza delle qualità promesse”*, a meno che *“le parti abbiano espressamente previsto garanzie in ordine alla consistenza patrimoniale della società, ovvero si verta in materia di dolo”*.

La sentenza del Tribunale di Milano del 3 aprile 2014, n. 4567, è consultabile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Modifiche dello statuto a maggioranza – Il Tribunale di Ascoli Piceno ha stabilito che, al fine di prorogare la durata di una società in liquidazione, occorre dapprima procedere alla revoca della liquidazione in corso, da deliberare all'unanimità ai sensi dello statuto sociale. Nondimeno, nulla impedisce alla società di provvedere alla modifica di quest'ultimo, *“pur senza unanimità, ma a maggioranza dei soci intervenuti all'assemblea ritualmente convocata”*, in quanto *“è in facoltà dei soci modificare a maggioranza semplice una clausola che preveda maggioranze qualificate qualora la*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

stessa non contenga alcun meccanismo di salvaguardia, ossia una regola che estenda la maggioranza qualificata anche alla deliberazione della sua modifica”.

Inoltre, si è aggiunto, *“la clausola che stabilisce maggioranze ultra qualificate”* costituisce *“norma eccezionale rispetto al principio delle maggioranze assembleari sancito dalle legge e, in quanto tale, non può essere suscettibile, in generale, di interpretazione estensiva o analogica”.*

Con la medesima decisione, il Tribunale ascolano – al cui giudizio di omologazione il legale rappresentante della società ed il notaio hanno sottoposto il verbale della delibera in questione – ha precisato che *“nell’ambito del procedimento di omologazione di delibera assembleare si attua un controllo con preminente funzione di verifica della corrispondenza dell’atto con il «tipo legale» corrispondente”,* controllo, questo, finalizzato alla successiva iscrizione nel Registro delle imprese dell’atto e che *“si esplica su un piano di mera legittimità al quale deve restare estranea ogni valutazione di merito, riservata invece alla sede giurisdizionale contenziosa”.*

Il provvedimento del Tribunale di Ascoli Piceno del 12 aprile 2014 è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

Fallimento e contratto di affitto d’azienda – Per il Tribunale di Terni, l’imprenditore che abbia presentato istanza di fallimento in proprio può stipulare un contratto di affitto d’azienda *medio tempore*, qualora sussistano *“il fumus della lesione dei diritti di credito vantati nei confronti dell’impresa ricorrente, consistente nella conclamata situazione di decozione e nella prevedibile cessazione di ogni tipo di attività collegata alla probabile declaratoria di fallimento”;* nonché *“il periculum in mora, consistente nel conseguente verosimile pregiudizio sia per i creditori [...] sia per i dipendenti della società”.*

La richiesta di autorizzazione alla sottoscrizione del contratto di affitto d’azienda consente di *“attuare pienamente il fenomeno circolatorio dell’azienda, quale mezzo di conservazione temporanea (o anche definitiva) dei valori di funzionamento con preservazione dell’impresa”,* e, in definitiva, di *“perseguire l’obiettivo di assicurare l’effettività dell’ottimale liquidazione concorsuale conseguente alla dichiarazione di fallimento”.*

L’autorizzazione del Tribunale, tuttavia, è condizionata sospensivamente al previo deposito in cancelleria di una perizia giurata sul valore dell’affitto, nonché di una polizza fidejussoria e/o assicurativa per un importo corrispondente a diciotto canoni, ferma restando la possibilità per il Tribunale di revoca in assenza di essenziali requisiti di affidabilità; nonché risolutivamente, *“alla mancata conferma del contratto da parte degli organi della procedura fallimentare”.*

Il decreto del Tribunale di Terni del 17 aprile 2014 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Postergazione ex art. 2467 c.c. – Non sussiste un eccessivo indebitamento – idoneo a configurare una delle situazioni previste dall’art. 2467 c.c. ai fini della postergazione dei finanziamenti concessi da soci di s.r.l. – qualora l’indice di liquidità della società, che pone a raffronto le liquidità a breve termine dell’impresa con le passività correnti, si attesti all’intorno dell’unità. Atteso che un indice di valore unitario “*denota una struttura soddisfacente di liquidità*”, allorquando esso sia “*di poco inferiore*” ad uno, si sarebbe al cospetto di uno squilibrio che – per la Corte di Appello di Milano – non è da ritenere eccessivo: di conseguenza, non trova applicazione la disciplina di cui all’art. 2467 c.c.

La sentenza della Corte di Appello di Milano del 18 aprile 2014 è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

Pagamento del compenso degli amministratori – L’amministratore di una s.p.a. che disponga l’attribuzione del proprio compenso ad un’altra società attua – così il Tribunale di Milano – una forma di delegazione attiva e non una cessione del credito. Conseguentemente, egli non si priva né della titolarità del credito per gli emolumenti ancora da percepire né della legittimazione anche processuale ad escuterli, verificandosi unicamente una concorrente legittimazione della società terza ad esigere detti compensi.

La sentenza del Tribunale di Milano del 22 aprile 2014, n. 5292, è reperibile sul sito www.giurisprudenzadelleimpresе.it.

Illecita influenza sull’assemblea – La Suprema Corte ha stabilito che costituiscono atti simulati e fraudolenti, realizzati al fine di “*determinare una indebita influenza sull’assemblea dei soci*”, le donazioni effettuate dall’amministratore-socio di maggioranza a favore dei propri congiunti di una quota consistente della propria partecipazione, aggirando così l’esclusione dal voto dei soci amministratori nell’assemblea – convocata su richiesta degli azionisti di minoranza – chiamata a deliberare sull’eventuale azione di responsabilità a carico dei componenti dell’organo amministrativo.

Tali condotte integrano, per la Corte di legittimità, il reato di cui all’art. 2636 c.c., il quale richiede sussista “*un elemento di frode, risultando necessari comportamenti artificiosi rappresentati da una componente simulatoria idonea a realizzare un inganno*”, che abbiano “*effettivamente inciso sulla formazione della maggioranza*”.

Il dolo specifico richiesto dalla norma – ossia “*procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto*” – è ravvisabile nel caso di specie, prosegue la Corte, nell’obiettivo di “*rimuovere la prospettiva immediata di un’azione di responsabilità*”, recando “*certamente un profitto, ove si tenga conto che questo non deve necessariamente assumere carattere patrimoniale*”.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Corte di Cassazione penale, 29 aprile 2014, n. 17939.

Controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. – La Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 2409 e 2476 c.c. – sollevata dal Tribunale di Tivoli con ordinanza del 29 marzo 2012 in relazione agli artt. 3 e 4 Cost. – laddove non consentono al collegio sindacale nominato in una società a responsabilità limitata di attivare il controllo giudiziario previsto dalla norma dettata per le società per azioni.

La Corte constata che il Tribunale remittente non ha individuato adeguatamente il contesto normativo vigente, avendo trascurato il novellato quinto comma dell'art. 2477 c.c., ove si dispone che, in caso di nomina di un organo di controllo in una s.r.l., ancorché monocratico, trovi applicazione la disciplina delle società azionarie.

Corte Costituzionale, ordinanza, 7 maggio 2014, n. 116.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Publicato il decreto attuativo per le agevolazioni alle Start Up

I ministri Saccomanni (Economia) e Zanonato (Sviluppo Economico), hanno firmato il Decreto che fornisce le istruzioni per la detrazione e le regole per l'erogazione dei benefici fiscali per gli investimenti effettuati da **aziende e privati** negli anni 2013-2015 e, per effetto della legge 99/2013 (di conversione del Decreto Lavoro), anche 2016.

Il decreto rende fattuale l'applicazione, nelle dichiarazioni dei redditi 2014, delle **seguenti agevolazioni fiscali per investimenti** in start up innovative:

- **detrazione IRPEF 19%** sugli investimenti in denaro delle persone fisiche per importi non superiori a 500mila euro per periodo d'imposta.
- **deduzione IRES del 20%** sugli investimenti in denaro delle società per un importo non superiore a 1,8 milioni di euro per periodo d'imposta.
- **detrazione IRPEF 25% e deduzione IRES 27%** sugli investimenti in start up innovative a vocazione sociale o che sviluppano e commercializzano esclusivamente prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico in ambito energetico.

Le agevolazioni valgono per investimenti diretti o indiretti (tramite organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società di capitali che investono prevalentemente in start up). In ogni caso, devono essere mantenuti per **almeno 2 anni** (pena, decadenza agevolazione con obbligo di rimborso con interessi legali).

(Decreto del 30 gen. 2014, in G.U. n. 66 del 20 marzo 2014, attuativo dell'art. 29 della Legge n. 221 del 17 dic. 2012)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Spese di rappresentanza, deducibilità limitata per beni propri.

L'Agenzia delle entrate – nel fornire chiarimenti ai fini dell'applicazione della disciplina sulle spese di rappresentanza di cui all'art. 108 del Tuir - ha precisato che per i beni autoprodotti il valore di mercato dell'omaggio rileva soltanto per individuare la spesa di rappresentanza da assoggettare al regime di deducibilità limitata, con la conseguenza che, invece, per la verifica del plafond di deducibilità si dovrà tener conto del costo di produzione sostenuto dall'azienda, a prescindere dal fatto che lo stesso

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

risulti inferiore o superiore ai 50 euro, e se il valore normale risulta inferiore o uguale ai 50 euro, la spesa deve essere considerata totalmente deducibile.

(Agenzia delle entrate, ris. n. 27 del 12 marzo 2014)

La circolare del Mef sulle fatture elettroniche alle pp.aa.

Il Mef ha emanato una circolare che fornisce chiarimenti in relazione alle disposizioni concernenti l'obbligo (a partire dal prossimo 6 giugno) della fatturazione elettronica delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi nei confronti delle amministrazioni pubbliche, introdotto dalla legge n. 244/2007 e attuato dal regolamento n. 55/2013, precisandovi tra l'altro:

- che le fatture cartacee emesse nei confronti delle pubbliche amministrazioni prima della decorrenza dell'obbligo di fatturazione elettronica saranno comunque pagate senza che sia necessario rimettere il documento in formato digitale;
- che, nel caso in cui il sistema di interscambio notifichi al fornitore il messaggio di mancata consegna della fattura elettronica, questa deve comunque considerarsi emessa.

(Mef, circ. n. 1 del 1° apr. 2014)

L'iscrizione al Vies ora è on line

Dal 26 marzo 2014 è attivo il nuovo servizio che consente ai soggetti già titolari di partita Iva, abilitati a Fisconline o Entratel, di richiedere direttamente in via telematica la propria iscrizione nell'archivio degli operatori autorizzati a compiere operazioni intracomunitarie.

Da detta data, quindi, per i soggetti abilitati a Fisconline o Entratel non è più necessario presentare l'apposita istanza - a mano, con raccomandata o via Posta elettronica certificata (Pec) - all'ufficio.

Per utilizzare il nuovo servizio online è sufficiente indicare nel campo dedicato la propria partita Iva, "candidata" a entrare nell'elenco Vies.

Entro 30 giorni dal ricevimento della dichiarazione di volontà a porre in essere operazioni intracomunitarie, l'Agenzia effettuerà le analisi propedeutiche all'inserimento della posizione nel Vies e, qualora emergessero elementi di rischio di evasione o di frode, entro lo stesso arco temporale l'ufficio finanziario competente per le attività di controllo ai fini Iva emanerà un provvedimento di diniego.

Nei confronti dei soggetti inclusi nell'archivio Vies saranno effettuati controlli più approfonditi entro sei mesi dalla ricezione della dichiarazione di volontà come prima espressa.

(Agenzia delle entrate, Comunicato stampa del 26 marzo 2014)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

GIURISPRUDENZA

La fattura è da rettificare anche se l'operazione non è andata in porto

La Corte di Giustizia della Ue ha statuito che l'Iva detratta in relazione a una fattura d'acconto per una futura operazione imponibile deve essere rettificata nel caso in cui l'operazione non è stata e non sarà effettuata; ciò anche se l'importo dell'acconto non è stato restituito e a prescindere dal fatto che il fornitore resti debitore dell'imposta verso l'erario.

(Corte di Giustizia della Ue, sentenza del 13 marzo 2014, causa C-107/13)

Sull'indennizzo dell'indebito arricchimento è da calcolarsi anche l'Iva

La Cassazione ha statuito che l'indennizzo alle imprese per l'indebito arricchimento dell'amministrazione insolvente deve comprendere anche l'Iva; ciò in quanto la domanda (d'indebito arricchimento) si fonda, comunque, su un credito vantato per l'attività d'impresa che ha condotto ad un risultato che, se costituisce arricchimento per l'ente pubblico, si connota come fonte di ricavi per l'attività prestata e non sfugge all'Iva. Se così non fosse, conclude la sentenza, le somme erogate dall'impresa a titolo di Iva passiva per le prestazioni richieste ad altre aziende, necessarie per l'esecuzione della prestazione in favore dell'ente pubblico, non sarebbero bilanciate dall'Iva attiva sul corrispettivo percepito con l'azione di arricchimento e darebbero luogo a un credito Iva nei confronti dell'erario del tutto incompatibile con il sistema fiscale.

(Cassazione, sentenza n. 7406 del 28 marzo 2014)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl –
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano –
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità, via Marco
Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 -
Presidente: Angelo Sajeve -
Deputy Chairman Digital: Gianalberto
Zapponini.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.