

**La trasformazione da società partecipata di
capitali in azienda speciale:
una ipotesi singolare e controcorrente**

di Francesco Picciolo

Osservatorio Politiche pubbliche per le Autonomie

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a referaggio (*blind peer review*)

Direttore: prof. Francesco Manganaro, professore ordinario di Diritto amministrativo e pubblico, Università Mediterranea di Reggio Calabria

Condirettori

Prof. Giuseppe Tropea, prof.ssa Vincenza Caracciolo La Grotteria

Comitato scientifico

Francesco Astone, Jean Bernard Auby, Estefania Maria de Quiroz Barboza; Antonio Barone, Vittoria Berlingò, Carlos Botassi, Giuseppe Caia, Marco Calabrò, Marco Cammelli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Guido Corso, Fulvio Cortese, Angela Costaldello, Carlos Balbín, Carlos Botassi, Maria Teresa Carballeira Rivera, Sabino Cassese, Mario P. Chiti, Maria Cristina Cavallaro, Giovanna Colombini, Giandomenico Comporti, Alfredo Contieri, Maria De Benedetto, Giacinto della Cananea, Daria de Pretis, Marina D'Orsogna, Marco Dugato, Enrico Follieri, Fabrizio Fracchia, Fabio Francario, Gabriella De Giorgi Cezzi, Diana Urania Galetta, Carlo Emanuele Gallo, Loredana Giani, Marcella Gola, Guido Greco, Nicola Gullo, Maria Immordino, Roberta Lombardi, Marco Mazzamuto, Fabio Merusi, Giuseppe Morbidelli, Remo Morzenti Pellegrini, Nino Paolantonio, Sergio Perongini, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Pier Luigi Portaluri, Margherita Ramajoli, Mauro Renna, Anna Romeo, Fabio Saitta, Aldo Sandulli, Maria Alessandra Sandulli, Franco Gaetano Scoca, Anna Simonati, Mario Spasiano, Fabrizio Tigano, Michele Trimarchi, Bruno Tonoletti, Francesco Tuccari, Jacques Ziller.

Comitato editoriale

Rocco Parisi; Giuseppe Carlo; Cristina Fragomeni; Francesca Saraceno; Debora Bellocchio

La trasformazione da società partecipata di capitali in azienda speciale: una ipotesi singolare e controcorrente

Francesco PICCIOLO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La gestione dei servizi pubblici locali: alcuni profili di inquadramento; 3. La trasformazione regressiva da società partecipata di capitali in azienda speciale; 4. Profili applicativi e le esperienze e gli interventi giurisprudenziali; 5. Un breve bilancio e possibili prospettive future.

1. Introduzione

Oggetto del presente saggio è il caso in cui si intende procedere alla trasformazione di una società partecipata di capitali che gestisce un servizio pubblico in azienda speciale.

L'idea di base è quella di verificare la configurabilità e la tenuta di un sistema nel quale, in relazione alle esigenze dell'ente locale, la costituzione di società per lo svolgimento di servizi pubblici non debba necessariamente indirizzarsi, come pare essere leggendo l'art. 115 del d. lgs. n. 267/2000 (TUEL), esclusivamente in una direzione, ossia nel processo di trasformazione di un'azienda speciale in società per azioni, ma contempli ed anzi consenta l'operazione inversa, pur oggetto di una disciplina meno articolata, incerta e forse anche lacunosa, sul presupposto (indimostrato) che si tratti di un processo *one way*, rispetto al quale non vi è, di fatto, alternativa alcuna.

Non si ignora, ovviamente, che l'attenzione del legislatore, a partire dalla legge n. 142/1990 e dai successivi interventi riformatori sino ad oggi, sia in una direzione inversa: tuttavia, non può affermarsi a priori e con assoluta certezza che essa non sia comunque percorribile, ancorché si tratti di una operazione straordinaria ascrivibile alla categoria delle trasformazioni eterogenee regressive.

Ma anche su questo occorre intendersi, fugando subito l'obiezione che possa trattarsi di una sorta di sperimentazione *in vitro* di un processo ormai consegnato all'archeologia giuridica.

In primo luogo, l'azienda speciale costituisce ancora oggi una possibile scelta dell'ente locale, il quale, al di là delle *derive* dell'ordinamento interno connesse a quelle comunitarie (ma anche queste non vincolanti precipuamente sul punto), *adegua* il proprio *velle* alla propria realtà organizzativo-istituzionale, alle risorse disponibili, sia umane che in bilancio, in ultima analisi, alla propria realtà. Non deve trattarsi – come insegnano la legislazione e la giurisprudenza vigenti – di scelte arbitrarie: il modello societario perseguito deve corrispondere alle esigenze dell'ente, sicché, se è vero che la società per azioni costituisca oggi un modello prevalente, ciò può costituire una indicazione tendenziale, ma non un vincolo alle scelte dell'ente stesso.

In secondo luogo, non si tratta di sperimentazione *in vitro* perché, come si vedrà, esistono ipotesi nelle quali il processo inverso è stato sperimentato.

In terzo luogo, occorre anche intendersi sul concetto di *regressività*, il quale si correla all'idea delle *transizioni* o, comunque, delle trasformazioni – in questo caso, prettamente organizzative – nella erogazione essenzialmente di servizi alla collettività. Se è vero che i processi di trasformazione seguono impulsi dettati dalla contingenza storica, politica e sociale e che le istituzioni pubbliche non possono astrarsi dalla realtà che le circonda, la *regressività* indica la possibilità di dar luogo a processi inversi in contesti nei quali questo è opportuno e talora

obbligato. Il *regresso*, cioè, indica un processo attraverso il quale si consolidano certi risultati e si misurano le scelte in relazione alle proprie possibilità. Un organismo societario non calibrato su tali presupposti, pur animato dalle migliori intenzioni, è destinato a fallire, come sovente accaduto anche a seguito della costituzione di società per azioni, a prescindere dalla qualità, pubblica o privata del capitale sociale.

Il punto nodale, dunque, non è partire dal presupposto che *electa una via alterna non datur*, bensì se e quando sia il caso di adottare scelte, anche se apparentemente in contrasto con indirizzi normativi sostanzialmente univoci, ma astratti e non realmente ostativi con esse. Resta fermo, ovviamente, il vincolo motivazionale, che impone di dar conto della convenienza economica dell'operazione e di una valutazione prospettica, che consenta di apprezzarne l'effettiva utilità in termini di efficienza, efficacia ed economicità della gestione, oltre al mantenimento o implementazione della qualità dei servizi erogati. Proprio per tale ragione, l'operazione di trasformazione deve essere accompagnata da un'attività di revisione economico-patrimoniale (*due diligence*) della società *trasformanda*, a garanzia, anzitutto, dei terzi e poi anche dell'ente socio che istituisce l'azienda speciale.

2. La gestione dei servizi pubblici locali: alcuni profili di inquadramento

La disciplina inerente alla gestione dei servizi pubblici locali è stata interessata, nel corso del tempo, da una pluralità di interventi normativi a partire dalla c.d. “Legge Giolitti” (l. n. 103/1903, cd. “legge sulle municipalizzazioni”¹), inserita in un più ampio processo di riforma dell'ordinamento, che ha inciso anche sui rapporti tra centro e autonomie territoriali², fino al complessivo riordino operato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 per i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Ai fini di una più puntuale comprensione delle questioni sottese ai diversi processi di riforma che si sono susseguiti nel corso degli anni, assume rilievo centrale l'inquadramento sistematico della nozione di servizio pubblico. Tale categoria concettuale costituisce, da tempo, oggetto di approfondita elaborazione dottrinale, in quanto si colloca in un'area di confine tra sfera pubblica e dimensione privatistica³, connotata da profili di intrinseca mutevolezza e indeterminatezza. Essa risulta, infatti, strettamente correlata alle dinamiche storico-istituzionali e giuridiche, nonché alle diverse modalità di intervento pubblico nell'economia e all'evoluzione dei rapporti tra Stato, pubbliche amministrazioni e società civile.

In tale contesto, la giurisprudenza ha ripetutamente esercitato un ruolo conformativo volto a delimitare l'ambito applicativo della nozione di servizio pubblico locale, nel tentativo di comporre il tradizionale contrasto tra la teoria soggettiva — che ancora la qualificazione pubblicistica del servizio alla titolarità o alla gestione da parte di un ente pubblico — e la teoria oggettiva, la quale, muovendo dagli artt. 41 e 43 Cost., individua il carattere pubblicistico del servizio nella sua funzionalizzazione al soddisfacimento di interessi generali della collettività.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 7131 del 2000, hanno affermato che “*il servizio si qualifica come pubblico allorquando l'attività, in cui esso consiste, sia indirizzata istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività, in coerenza con i compiti propri dell'amministrazione pubblica*”. Pertanto, un servizio si qualifica come pubblico se è finalizzato a soddisfare esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica. Anche il Consiglio di Stato è intervenuto sul punto, avendo, anche di recente, affermato che per qualificare come pubblico un servizio non è necessaria la natura

¹ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.* 2004.

² MARINO I.M., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Giuffrè, 1986.

³ ROMANO TASSONE A., *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2013, 2-3.

pubblica del gestore, ma è necessaria l'esistenza di una disposizione che ne richieda l'istituzione e la disciplina o che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione al soggetto pubblico (sentenza n. 1867 del 2018). Ciò che rileva, dunque, non è tanto il carattere pubblico del gestore, non essendo obbligatorio che il servizio sia gestito dall'Amministrazione o da un soggetto pubblico, potendo provvedervi anche un soggetto privato, purché sia munito di un conferimento da parte dell'Amministrazione pubblica, affinché siano assicurate delle determinate modalità gestorie.

Dal punto di vista normativo, invece, deve farsi riferimento all'art. 2 del D.lgs. 175/2016 (c.d. Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, o T.U.S.P.), il quale (c. 1 lett. h) definisce come “«servizi di interesse generale»: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale” e come “«servizi di interesse economico generale»: i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato”. Si tratta, dunque, di attività che, in virtù della loro funzione, sono assoggettate a obblighi di servizio pubblico e devono essere offerte a condizioni che ne consentano la fruizione da parte di tutti gli utenti, ad un livello prestabilito di qualità e ad un prezzo accessibile⁴. In questa prospettiva, essi si atteggiavano quale strumento per assicurare ai cittadini prestazioni di vario tipo nell'ambito dei compiti pubblici di benessere⁵.

All'interno della nozione di servizio pubblico, poi, è possibile individuare i servizi pubblici locali, ovvero qualsiasi attività che preveda la produzione di beni e servizi rivolti a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

I servizi pubblici locali possono distinguersi in:

- servizi pubblici locali di rilevanza economica o servizi di interesse economico generale di livello locale, oggetto di riordino con il D.lgs. 201/2022 e definiti dallo stesso, all'art. 2, I comma, lett. c), “i servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”⁶;

⁴ PEDACI A., *I servizi pubblici: cosa sono e caratteri specifici*, in www.edizioni.simone.it, 24 marzo 2022.

⁵ CAIA G., *La disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, Contenuto e caratteri del D. Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Editoriale Scientifica Napoli, 2023.

⁶ La giurisprudenza europea sottolinea che gli stessi devono avere “un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica”: in virtù dei fini di coesione sociale e territoriale perseguiti, gli stessi devono essere affidati dalle Autorità pubbliche, cosicché la loro fornitura risponda ad alti standard di qualità, sicurezza ed accessibilità; Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 1991, in causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*; Corte di Giustizia, 18 giugno 1998, in causa C-266/96, *Corsica Ferries France*; Corte di Giustizia, 23 maggio 2000, in causa C-209/98, *Sydhavns Sten E Grus*; Corte di Giustizia, 3 marzo 2011, in causa C-437/09, *AG2R Prévoyance*. Sul punto v. anche CAIA G., *La disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, Contenuto e caratteri del D. Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Editoriale Scientifica Napoli, 2023.

- servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, che sono quelli realizzati senza scopo di lucro (ad esempio i servizi sociali o culturali), che vengono resi con costi a totale o parziale carico dell'ente;
- servizi pubblici locali a rete o servizi di interesse economico generale di livello locale a rete, definiti dall'art. 2, comma I, lett. d) del D.lgs. 201/2022 come *“i servizi di interesse economico generale di livello locale che sono suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti a regolazione ad opera di un'autorità indipendente”*.

L'ordinamento dell'Unione Europea si è preoccupato di assicurare che l'assunzione diretta o indiretta di un servizio di interesse economico generale, da un lato, non causasse un'alterazione delle dinamiche concorrenziali e, dall'altro, che la tutela del mercato concorrenziali non comportasse un sacrificio dell'interesse generale perseguito.

In linea di massima, dunque, se esiste un operatore del mercato, al quale non è stato affidato un servizio di interesse economico generale, ma che offre un servizio a determinati standard qualitativi e di accessibilità in termini economici, l'ordinamento europeo non ammette l'istituzione di un SIEG e l'imposizione di obblighi di servizio pubblico (causa C-205/1999, *Analir*)⁷.

2.1. Le modalità di gestione dei servizi pubblici locali ed i soggetti incaricati

Il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, come si diceva, ha dato luogo ad un organico riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, disciplinando, nel contempo, le modalità di gestione del servizio pubblico locale. In ossequio al principio di tipicità, infatti, le pubbliche amministrazioni possono gestire il servizio pubblico locale esclusivamente nelle forme e secondo le modalità previste dalla legge, a tutela della certezza e della regolarità dell'azione amministrativa.

L'art. 14 del D.lgs. n. 201/2022, rubricato *«Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale»* prevede quattro possibili modelli di affidamento del servizio: l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, l'affidamento a società mista, l'affidamento a società *in house* e la gestione in economia o mediante aziende speciali, limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete.

Rispetto alle prime tre forme di affidamento, l'ipotesi della gestione in economia o mediante aziende speciali consta, *primo ictu oculi*, di un campo oggettivo di applicazione più limitato, in ragione dell'esclusione dei servizi a rete, che rivestono un ruolo più rilevante nell'economia pubblica.

La scelta della modalità di gestione deve essere effettuata nel rigoroso rispetto del principio di adeguatezza, come prevede, invero, il c. 2 dell'art. 14 del D.lgs. 201/2022⁸, nonché del principio di eguaglianza, in modo da garantire l'accesso al servizio a tutti gli utenti. Tale scelta deve inoltre essere guidata dal criterio dell'economicità, applicabile non solo nel caso in cui i servizi siano

⁷ ALLENA M. E GIULIANO P., *VII. Servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Giuseppe Morbidelli, con il coordinamento di Fabio Cintioi – Federico Freni – Aristide Police, Milano, 2018.

⁸ *“Ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati.”*

organizzati in forma di impresa, ma anche quando essi vengano erogati gratuitamente o sottocosto, posto che l'Amministrazione è tenuta a garantire la copertura totale dei costi⁹.

Prima di procedere oltre, appare adesso opportuno svolgere alcune brevi considerazioni preliminari sulle società a partecipazione pubblica e sull'azienda speciale, con l'obiettivo di individuarne, seppure in via di prima approssimazione (e salvo quanto si dirà *infra*) analogie e differenze, che si rivelano utili a un più approfondito esame del tema delle trasformazioni eterogenee.

Come noto, quelle a partecipazione pubblica sono società, “*anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa*” (art. 3 T.U.S.P.), di cui lo Stato, attraverso il Ministero dell'Economia e Finanze, o gli enti locali¹⁰ detengono una parte del capitale sociale, ovvero strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi o, ancora, siano partecipate da società sottoposte a controllo pubblico (controllo analogo c.d. “*a cascata*”).

Le società sottoposte a controllo pubblico sono quelle in cui l'amministrazione si trova in una delle ipotesi delineate dall'art. 2359 c.c. o, come previsto dall'art. 2, lett. b), quando «*in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*». In tale accezione, il controllo pubblico si configura non solo in ragione della titolarità della partecipazione, ma anche in funzione della capacità di incidere sulle scelte strategiche e organizzative della società, secondo un modello che integra profili patrimoniali, normativi e decisionali.

Le società a controllo pubblico, così come le società “*in house*”¹¹, sono ricomprese nella definizione di società a partecipazione pubblica.

Sino agli anni '90, le società a partecipazione pubblica rappresentavano il modello privilegiato per la gestione dei servizi pubblici. A partire dagli anni 2000, invece, si è assistito ad un'inversione di rotta, dovuta all'esponentiale aumento della spesa pubblica, alla proliferazione delle società determinanti gestioni in perdita, nonché alla frequente violazione delle norme in tema di concorrenza, che ha portato ad una regolamentazione del fenomeno, con particolare riferimento al rispetto delle norme di finanza pubblica, alle spese per personale ed assunzioni, alla nomina ed ai compensi degli amministratori e, più in generale, sul tema della *governance* delle società a partecipazione pubblica¹².

Quanto sopra trova riscontro nel già citato T.U.S.P., il quale, nel complesso, ha riordinato la materia delle società a partecipazione pubblica, ponendo limiti alle precedenti libertà e risolvendo

⁹ CAIA G., *La disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, Contenuto e caratteri del D. Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Editoriale Scientifica Napoli, 2023.

¹⁰ Gli enti locali sono individuati dal D.lgs. 175/2016 (“*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”) mediante il rinvio alla definizione di cui all'art. 2 del D.lgs. 267/2000 (“*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*”), cosicché per enti locali devono intendersi “*i comuni, le province, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolate e le unioni di comuni*”.

¹¹ È un ente, costituito in forma societaria, destinatario di affidamenti diretti, ossia senza gara pubblica, da parte di una o più amministrazioni pubbliche e che deve possedere dei requisiti specifici: capitale interamente pubblico o quasi totalmente pubblico purché la partecipazione privata non comporti controllo o potere di veto (sul punto v. Corte dei Conti, Sez. Contr. Campania, 29 aprile 2016, n. 108, in www.cortedeiconti.it), configurazione del c.d. “*controllo analogo*” e svolgimento di almeno l'80% dell'attività in favore dell'ente aggiudicante.

¹² GENUESSI I., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti*, Torino, 2020.

alcuni problemi che erano stati generati dall'eccessiva proliferazione di questa tipologia societaria¹³.

Il Testo Unico all'art. 4 c. 1 vieta alle amministrazioni di costituire o acquisire partecipazioni in società che producono beni e servizi non necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Lo stesso Testo Unico, prevede anche la dismissione delle partecipazioni superflue, ovvero quelle partecipazioni in società prive di dipendenti o che svolgevano attività già svolte da altre società partecipate o enti strumentali o, ancora, in società in perdita o che non avessero prodotto un fatturato medio non superiore ad un milione di euro nel triennio precedente (art. 20).

Si veda, poi, anche l'art. 5 del T.U.S.P., che obbliga la pubblica amministrazione che intenda costituire una società a partecipazione pubblica o acquisire partecipazioni in una società già costituita, ad evidenziare analiticamente le motivazioni e le finalità della scelta operata sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, sempre alla luce dei principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

L'ente locale è tenuto a fornire un'analitica motivazione all'interno dell'atto deliberativo, la quale deve essere trasmessa alla Corte dei conti e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. La Corte dei conti è chiamata a rendere un parere obbligatorio, ma non vincolante, entro sessanta giorni dal ricevimento dell'atto; l'Autorità Garante, invece, qualora ravvisi una violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, può adottare un parere motivato recante l'indicazione dei profili di illegittimità. In caso di mancata conformazione dell'ente al parere entro il termine di sessanta giorni, l'Autorità può proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

Particolare attenzione merita, inoltre, la figura della società *in house* e, in particolare, il fondamentale requisito del controllo analogo esercitato dall'ente locale. L'Autorità Nazionale Anticorruzione, infatti, con il *"Vademecum per le società in house nel nuovo codice degli appalti e nel testo unico delle società pubbliche"*, ha stabilito che *"il controllo analogo si esplica ogni qual volta l'Ente pubblico partecipante abbia il potere di dettare linee strategiche e le scelte operative della società in house, tra cui la nomina degli organi amministrativi aziendali..."*.

Il controllo analogo, dunque, allude a poteri di comando e di controllo, tanto sugli organi quanto sulla gestione, esercitati con un'intensità tale da non poter essere paragonati alle facoltà di cui è titolare un normale socio (anche unico) secondo la disciplina civilistica.

Nel medesimo documento, l'ANAC ha, altresì, individuato una serie di ipotesi di poteri rientranti nel controllo analogo esercitato dall'ente sulla società *in house*:

- *"controllo sugli atti e provvedimenti societari a carattere strategico e programmatici pluriennali (statuti, approvazione piano industriale, piano di sviluppo, relazione programmatica pluriennale, atti di amministrazione straordinaria);*
- *controllo sugli atti e provvedimento societari di pianificazione (relazione programmatica annuale, piano degli investimenti e disinvestimenti, piano occupazionale, budget economico e finanziario, programma degli acquisti e dei lavori), di bilancio e sui regolamenti di gestione;*
- *controllo orientato ad indirizzare l'attività delle società in house verso il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso una gestione efficiente, efficace ed economica garantendo il socio sull'economicità e qualità del servizio offerto;*
- *controllo sulla gestione e sui risultati intermedi orientati alla verifica dello stato di attuazione degli obiettivi, con individuazione delle azioni correttive in caso di scostamento o squilibrio finanziario;*

¹³ Oltre a quelle sopra esposte e menzionate, altre norme si sono occupate, ad esempio, del problema dei compensi degli amministratori (art. 11) o dell'obbligo di reclutamento del personale dipendente nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità (art. 19).

- *esercizio di poteri autorizzativi e di indirizzo attraverso l’emanazione da parte del socio di specifiche direttive generali sul funzionamento amministrativo delle società;*
- *esercizio di poteri ispettivi che comportano una diretta attività di vigilanza e controllo presso la sede e/o nei confronti dell’organo amministrativo delle società in house.*

Il controllo analogo comporta la trasformazione della società *in house* in una *longa manus* dell’ente locale, evitando, così, che l’esternalizzazione del servizio si risolva nella violazione del principio di libera concorrenza.

L’azienda speciale, ai sensi dell’art. 114 del d.lgs. 267/2000 (TUEL) “*è un ente strumentale dell’ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale*”.

Da tale articolo emergono i principali connotati distintivi dell’azienda speciale, ovvero:

- a) la strumentalità, intesa come identificazione dello scopo sociale nella cura degli interessi della comunità locale, perseguibili attraverso l’attività di gestione funzionalmente svolta dall’azienda nei settori dei servizi pubblici per i quali la stessa è stata costituita;
- b) la personalità giuridica: l’azienda speciale, nonostante il legame inscindibile che mantiene con l’ente pubblico, mantiene una sua autonomia, essendo dotata di personalità giuridica. Il riconoscimento della personalità giuridica comporta una serie di effetti quali l’iscrizione al registro delle imprese, la sua assoggettabilità al regime fiscale proprio delle aziende private¹⁴ ed alla disciplina di diritto privato per quanto attiene al profilo dell’impresa e dei rapporti di lavoro dei dipendenti¹⁵. Quindi, seppur rimanga un ente strumentale dell’ente che l’ha costituita, l’azienda speciale è un nuovo centro di imputazione di situazione e rapporti giuridici, distinto dalla pubblica amministrazione e con una sua autonomia decisionale;
- c) l’autonomia imprenditoriale: quest’ultima, applicata alle aziende speciali, consiste nella possibilità che le stesse hanno di organizzare i fattori produttivi secondo i modelli dell’impresa privata (compatibilmente con i fini perseguiti dall’ente), con lo scopo di raggiungere un maggior grado di efficienza, efficacia ed economicità¹⁶. Nonostante questa (seppur minima) autonomia imprenditoriale, l’attività delle aziende speciali è diretta e orientata dagli enti controllanti in un rapporto assimilabile a quello che l’ente ha con un proprio organo. Si tratta, in sostanza, di una amministrazione “parallela”, cioè di una struttura inquadrata organicamente nella più ampia organizzazione pubblicistica dell’ente pubblico¹⁷.

Le aziende speciali possono essere ascritte alla categoria degli enti pubblici economici, non solo alla luce della consolidata giurisprudenza che ne sostiene tale qualificazione, ma anche in virtù della classificazione operata dall’Istat, che le ha inserite nella sezione 1.6 “*Ente pubblico economico, azienda speciale e azienda pubblica di servizi*”, della “*Classificazione delle forme giuridiche delle unità legali*”. Ne consegue che le stesse sono tenute a perseguire il principio di equilibrio economico tramite l’equilibrio tra costi e ricavi e nel rispetto dell’efficienza gestionale.

Come accennato, pur nel quadro delle “limitazioni” introdotte dal T.U.S.P. e dal D.lgs. 201/2022, l’ordinamento mostra un chiaro *favor* verso le società a partecipazione pubblica quali soggetti ai quali demandare la gestione dei servizi pubblici locali.

¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 18 maggio 1993, n. 405.

¹⁵ Sul punto v. T.A.R. Liguria, II, 24 maggio 1995, n. 272; Tribunale di Milano, Sez. Lavoro, sentenza n. 4776/2011; Tribunale di Ragusa, Sez. Lavoro, sentenza n. 711/2013.

¹⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 4586/2001.

¹⁷ Così, testualmente, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1842.

Sotto il profilo dell'inquadramento del regime giuridico, la disciplina delle aziende speciali rimane, invece, tuttora ancorata all'art. 114 del T.U.E.L. e, in via integrativa, dal D.P.R. n. 902/1986.

L'azienda speciale, inoltre, è soggetta a un regime di controllo analogo, nel quale rivestono un ruolo centrale i Consigli Comunali. A questi ultimi sono attribuiti numerosi poteri di approvazione su diversi atti, come previsto dai commi 8 e 8-bis dell'art. 114 del T.U.E.L.

Il primo dispone: *“Ai fini di cui al comma 6 sono fondamentali i seguenti atti dell'azienda da sottoporre all'approvazione del consiglio comunale:*

- a) il piano-programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale;*
- b) il budget economico almeno triennale;*
- c) il bilancio di esercizio;*
- d) il piano degli indicatori di bilancio”.*

Il secondo dispone: *“Ai fini di cui al comma 6, sono fondamentali i seguenti atti dell'istituzione da sottoporre all'approvazione del consiglio comunale:*

- a) il piano-programma, di durata almeno triennale, che costituisce il documento di programmazione dell'istituzione;*
- b) il bilancio di previsione almeno triennale, predisposto secondo lo schema di cui all'allegato n. 9 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni, completo dei relativi allegati;*
- c) le variazioni di bilancio;*
- d) il rendiconto della gestione predisposto secondo lo schema di cui all'allegato n. 10 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni, completo dei relativi allegati”.*

Come si evince dalla lettura dei due commi sopra citati, sebbene le aziende speciali costituiscano centri di imputazione di rapporti giuridici distinti dagli enti locali e godano di una propria autonomia imprenditoriale, esse mantengono natura di enti strumentali. Ciò in quanto spetta al Consiglio comunale la determinazione degli indirizzi e delle direttive cui l'Azienda è tenuta a conformarsi, nonché l'approvazione degli atti fondamentali di cui ai commi 8 e 8-bis dell'art. 114 del TUEL.

In tali previsioni è rinvenibile una *ratio* che, seppur in via indiretta, sembra circoscrivere la portata applicativa del modello delle aziende speciali, riflettendo al contempo il contesto storico in cui la disciplina è stata elaborata, ossia una fase in cui il Consiglio comunale disponeva di poteri significativamente più ampi rispetto alla Giunta e al Sindaco. A questi ultimi, infatti, nell'ambito delle società *in house* sono attribuite talune competenze che, nel modello delle aziende speciali, risultano invece tuttora riservate al Consiglio comunale¹⁸.

Dalla disamina appena effettuata, nonostante la differente tipologia di personalità giuridica riconosciuta (di diritto pubblico all'azienda speciale e di diritto privato alla società *in house*), le analogie tra le due figure paiono rilevanti.

Merita in questa prospettiva di essere richiamata quella ricostruzione, prospettata da alcuni autori, secondo cui l'azienda speciale costituisce l'*in house providing* per eccellenza, avendo anticipato le caratteristiche delineate per le società omonime¹⁹.

Sulle differenze tra aziende speciali e società partecipate può, poi, essere utile richiamare la sentenza n. 5444/2019 del Consiglio di Stato, secondo la quale *“l'azienda speciale ... ha caratteri*

¹⁸ Nelle società partecipate le competenze del Consiglio Comunale sono quelle fissate dall'art. 42, comma II, del T.U.E.L., rimanendo tutto il resto di competenza della Giunta.

¹⁹ POZZOLI S. e FARNETANI R., *Azienda speciale e società di capitali, Modelli aziendali nella gestione dei servizi pubblici locali*, Maggioli Editore, 2021.

diversi da quelli della società a partecipazione pubblica (per un'ampia disamina degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla natura dell'azienda speciale, specie in punto di sua equiparazione all'ente pubblico economico, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 9 agosto 2018, n. 20684, che, al par. 41, parla di 'indubbie differenze' dell'azienda speciale con la società in house):

a) per la natura: l'azienda speciale è, per l'art. 114, comma 1, TUEL, un ente pubblico, appartenente alla categoria degli 'enti strumentali', laddove, invece, la società, pur se a partecipazione pubblica, è soggetto privato (ovvero, forse più esattamente, un soggetto pubblico in forma privatistica);

b) per la struttura: organi dell'azienda speciale sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore (art. 114, comma 3, TUEL) e il collegio dei revisori, organi della società a partecipazione pubblica sono, invece, l'amministratore unico ovvero il consiglio di amministrazione²⁰ (quale organo amministrativo, art. 11, commi 2 e 3, d.lgs. n. 175 del 2016) e l'assemblea della società (salva la scelta per uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del Capo V del titolo V del codice civile; art. 11, comma 3, penultimo periodo, D.Lgs. n. 175 cit.);

c) per il regime giuridico: – degli atti e dei provvedimenti assunti (cfr. sulla forma dei contratti delle aziende speciali, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 9 agosto 2018, n. 20684 già citata); – dei beni in dotazione; – delle regole in materia di assunzione del personale; – della responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori;

d) per la relazione che intercorre con l'amministrazione pubblica controllante: al pari della società a partecipazione pubblica, l'azienda speciale è dotata di autonomia organizzativa ed imprenditoriale ma l'ente locale di riferimento esercita su di essa, fa ogni altra pubblica amministrazione nei confronti di un proprio ente strumentale, un penetrante potere di indirizzo e vigilanza che si compendia nella definizione degli indirizzi e delle finalità da perseguire, nella nomina degli organi ed, infine, specialmente, nel potere di approvazione di tutti gli atti fondamentali (il comma 8 dell'art. 114 TUEL contiene l'elencazione specifica degli atti da sottoporre ad approvazione) e di verifica dei risultati di gestione”.

Quanto appena osservato sembra riscontrabile anche nel caso delle società *in house*, rendendo così in un certo qual modo più sfumata la linea di demarcazione tra aziende speciali e società partecipate, consentendo, in via di ulteriore approssimazione, un'analisi prospettica e forse anche comparata che costituisce già un primo apprezzabile risultato da tenere nella giusta considerazione.

3. La trasformazione regressiva da società partecipata di capitali in azienda speciale

Le superiori riflessioni – pur sintetiche (ma non apodittiche) – consentono di entrare *in medias res* e di procedere più in dettaglio sull'ipotesi di lavoro, concernente la configurabilità della trasformazione regressiva da società partecipata di capitali in azienda speciale per la gestione di un servizio pubblico.

Il legislatore ha mostrato un chiaro *favor* verso le società partecipate e la privatizzazione della gestione dei servizi pubblici locali, come confermato anche dal fatto che l'art. 115 T.U.E.L. prevede la trasformazione da azienda speciale in società per azioni, non prefigurando il procedimento inverso.

²⁰ Ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 11 del T.U.S.P., la scelta preferibile sarebbe l'amministratore unico, ma è possibile per l'assemblea derogare motivatamente, inviando la decisione alla Corte dei Conti ed alla struttura MEF ex art. 15 del medesimo Testo Unico, optando per un Consiglio d'Amministrazione di 3 o 5 membri. Per l'azienda speciale non vi è un limite numerico fissato per i membri del CdA.

L'ipotesi su cui si basa il presente studio impone, per conferire ad essa sufficiente solidità normativa, il richiamo alle trasformazioni eterogenee regressive, disciplinate dagli artt. 2500 *sexies* e *septies* del Codice civile, le quali riguardano, rispettivamente, la trasformazione da società di capitali in società di persone ed in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni. Del resto, è ormai pacifico come tale tipo di operazione straordinaria debba ritenersi pienamente ammissibile, non essendoci alcuna norma che ne impedisca la fattibilità²¹.

L'ammissibilità dell'operazione straordinaria proposta trova ulteriore fondamento anche tenuto conto della non tassatività dell'elenco di cui all'art. 2500 *septies* c.c., che consente di ricondurla nell'alveo delle *trasformazioni innominate* o *atipiche*, come qualificate dalla Fondazione Italiana del Notariato.

La trasformazione regressiva da società partecipata in azienda speciale, invero, non determina la costituzione di un nuovo soggetto giuridico, ma, almeno in tesi, soltanto la modificazione della struttura organizzativa della preesistente società per azioni in azienda speciale²². Difatti, tale trasformazione consiste, sostanzialmente, in una ripubblicizzazione dell'organismo deputato alla gestione del servizio pubblico locale, non verificandosi una doppia vicenda estintiva-costitutiva.

Cionondimeno, pare opportuno evidenziare che tale trasformazione assume un significato più ampio in quanto, non solo determina il mutamento del regime sociale, ma comporta anche il cambiamento del modello organizzativo dell'impresa attraverso la modificazione dell'atto costitutivo dell'ente, che può addirittura sconfinare nel mutamento dello scopo²³.

Alla luce di quanto sopra, trova applicazione il principio di continuità dei rapporti giuridici sancito dall'art. 2498 c.c., secondo cui *“con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.”*

Come evidenziato dalla Corte dei Conti con la citata deliberazione n. 2/2014, *l'elemento di continuità deve essere identificato nell'azienda, quale complesso di beni funzionalmente orientato allo svolgimento di un'attività d'impresa e che la trasformazione trovi, quindi, la sua giustificazione sistematica nell'esigenza di salvaguardare la continuità dell'organismo produttivo e di evitare la disgregazione del patrimonio aziendale”*.

Se tale principio opera pienamente nei rapporti intrattenuti dall'ente trasformato rispetto ai terzi, la sua operatività risulta problematica nei rapporti tra l'ente e gli organi sociali, i quali sono destinati a modificarsi in conseguenza del mutamento del tipo sociale e, per l'effetto, della struttura di governo societario. Un primo effetto della trasformazione, dunque, è la cessazione degli organi societari²⁴.

²¹ V. Corte dei Conti, 21 gennaio 2014, con delibera n. 2, che ha così stabilito: *“L'operazione di trasformazione di una società di capitali che gestisce un servizio pubblico a rilevanza economica (nella specie, il servizio idrico) in azienda speciale consortile, è compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi dotati di patrimonio separato, a garanzia dei terzi e dei creditori, e sia con le disposizioni pubblicistiche, intese a ricondurre tali organismi ad un regime uniforme quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica”*.

²² Cfr. Cass. Sez. I, 14 dicembre 2006, n. 26826; id. V, 23 aprile 2007, n. 9569; id., III, 20 giugno 2011, n.13467; id. I, 19 maggio 2016, n. 10332; sez. VI, ord., 9 ottobre 2017, n. 23575; nonché Cass. S.U., 31 ottobre 2007, n. 23019.

²³ A. LUCARELLI, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, in *Foro Amministrativo* (II), n. 1/ 2014, pp. 345; G. SALTELLI, *La legittima trasformazione di una società per azioni in azienda speciale: ultimo orientamento de Consiglio di Stato*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, dicembre 2018.

²⁴ Sul punto v. POZZOLI S. e FARNETANI R., *Azienda speciale e società di capitali, Modelli aziendali nella gestione dei servizi pubblici locali*, Maggioli Editore, 2021.

Per ulteriormente corroborare la tessitura dell'ordito normativo atto a sostenere la tesi che si propone, si stima a questo punto necessario procedere all'individuazione delle disposizioni applicabili in via analogica alla fattispecie, il che può avvenire attingendo sia alla disciplina civilistica dettata dagli artt. 2498 e ss. c.c., sia all'art. 115 del T.U.E.L.

Non sembra, invero, possibile invocare, a tale scopo, il c. 3 del citato articolo 115 T.U.E.L., in ragione della sua esplicita formulazione, che così recita: *“Ai fini della definitiva determinazione dei valori patrimoniali conferiti, entro tre mesi dalla costituzione delle società, gli amministratori devono richiedere a un esperto designato dal presidente del tribunale una relazione giurata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2343, primo comma, del codice civile. Entro sei mesi dal ricevimento di tale relazione gli amministratori e i sindaci determinano i valori definitivi di conferimento dopo avere controllato le valutazioni contenute nella relazione stessa e, se sussistono fondati motivi, aver proceduto alla revisione della stima. Fino a quando i valori di conferimento non sono stati determinati in via definitiva le azioni delle società sono inalienabili”*.

Si potrebbe applicare, invece, il diverso procedimento previsto dall'art. 2500 *ter* c.c., per il quale non è necessario il ricorso ad un perito nominato dal Tribunale, ben potendo il patrimonio sociale essere stimato da un revisore legale o da una società di revisione iscritti nell'apposito registro, come stabilito dall'art. 2465 c.c.

L'interpretazione proposta trova riscontro in quanto ritenuto dal Consiglio Nazionale del Notariato che, seppur con riferimento alla trasformazione da azienda speciale in S.r.l., ha individuato la finalità degli artt. 2343, 2500 *ter* e 2465 c.c. in quella di tutelare i creditori sociali da eventuali sopravvalutazioni del patrimonio sociale, per il che la stima dello stesso certifica il suo vero valore²⁵.

Orbene, in ragione della convergente (se non identica) finalità, l'applicazione dell'art. 2343 c.c. costituirebbe un superfluo aumento di costi e tempo, che invece verrebbe evitato con l'applicazione dell'art. 2500 *ter* e, conseguentemente, dell'art. 2465 c.c. Sulla scorta di tale ragionamento, si potrebbe affermare che i creditori possano proporre opposizione avverso la delibera di trasformazione entro 60 giorni, ex art. 2500 *nonies* c.c. comma 2 a decorrere dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 2500 c.c. A tutela dei soci dell'ente trasformato, invece, potrebbe trovare applicazione, sempre in via analogica, il comma 3 dell'art. 2500 *septies* c.c., per il quale la deliberazione di trasformazione deve essere adottata dai 2/3 dei soci aventi diritto. Tale disposizione, nella maggior parte dei casi, risulta superflua, essendo spesso le società partecipate da un unico socio. Inoltre, il rinvio che l'articolo sopra citato fa all'art. 2500 *sexies* c.c., consente di ritenere che lo statuto possa prevedere anche una maggioranza più elevata, senza richiedere l'unanimità e senza violare il principio deliberativo maggioritario.

Sempre in virtù del medesimo rinvio, gli amministratori sono chiamati a predisporre una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione da depositarsi presso la sede sociale della società cosicché i soci, ove ce ne fosse più di uno, possano prenderne visione ed ottenerne una copia. Gli amministratori possono essere esonerati dall'obbligo di redigere tale relazione illustrativa, come emerge dalla Massima n. 81 del Consiglio Notarile di Milano. L'esonero dall'obbligo di redigere la relazione è possibile, giacché, essendo la medesima uno strumento di tutela dei soci, questi ultimi hanno la facoltà di rinunciarvi, liberando gli amministratori da tale obbligo. I soci possono scegliere di rinunciare al termine di deposito che la legge impone a loro favore per l'esame della relazione. Chiaramente questa via è più probabile che venga seguita nel caso in cui la società partecipata abbia un unico socio.

²⁵ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 120/2015, *Il procedimento ex art. 115 TUEL di trasformazione e di scissione di aziende speciali e consorzi di enti pubblici in società di capitali: l'adeguamento interpretativo alla disciplina vigente del codice civile*, Approvato dall'Area Scientifica – Notariato, Studi d'Impresa, il 1° ottobre 2015.

4. Profili applicativi e le esperienze e gli interventi giurisprudenziali

Come evidenziato in premessa, sebbene il legislatore non abbia mai colmato la relativa lacuna normativa, alcune trasformazioni da società partecipata ad azienda speciale sono state comunque realizzate, e la loro analisi si rivela fondamentale per trovare ulteriori conferme dell'ipotesi di lavoro.

Tra i vari esempi, rilevante è quello del Comune di Napoli, che nel 2011 ha ripristinato il carattere pubblico alla gestione del servizio idrico, allora affidato nelle mani della ARIN - Azienda Risorse Idriche di Napoli S.p.A.

Con delibera del Consiglio Comunale n. 32 del 26 ottobre 2011, l'amministrazione comunale partenopea ha disposto la trasformazione della succitata società in ABC - Azienda Bene Comune Napoli. La *ratio* della trasformazione si rifà al concetto di "*bene comune*", inteso come bene o servizio appartenente alla comunità la cui gestione non può essere delegata né ad un concessionario né ad un monopolio pubblico, dovendo essere invece ammessa la possibilità per i cittadini di partecipare alla stessa. In tale concetto, chiaramente, rientra la risorsa idrica.

Come sottolineato dagli amministratori della ARIN S.p.A. nella relazione ex art. 2500 *sexies* c.c., per quanto sopra esposto, la gestione non può essere affidata ad una società, ancorché a partecipazione pubblica e il cui capitale, per norma statutaria, non può essere ceduto a privati.

L'amministrazione ha, così, individuato nell'azienda speciale il modello di gestione che meglio risponde alle finalità pubbliche di gestione in virtù delle sue caratteristiche.

Nella relazione ex art. 2500 *sexies* c.c., gli amministratori si sono soffermati sulla fattibilità giuridica dell'operazione, ancorché non vi fosse (e non vi sia) una norma che la prevedeva (e la preveda): secondo il Consiglio d'Amministrazione della ARIN S.p.A. la stessa dovrà avvenire secondo le regole previste dagli artt. 2498 e seguenti e, "*in particolare, sulla base delle previsioni dell'art. 2500 septies c.c. in tema di trasformazione eterogenea da società di capitali*".

A seguito di un articolato procedimento e di una complessa istruttoria, anche il CdA della ARIN S.p.A. ha deliberato la trasformazione della società in ABC - Azienda Bene Comune Napoli, che si è conclusa con il pedissequo atto notarile del 31 luglio 2012.

Anche nella Provincia di Benevento è stata realizzata un'operazione di trasformazione da società per azioni partecipata in azienda speciale. In particolare, l'Agenzia Sannita Energia e Ambiente S.p.A. è stata trasformata nella azienda speciale ASEA, operazione che non ha comportato una doppia vicenda estintiva-constitutiva, essendo stata operata solo una modifica dell'assetto organizzativo del soggetto imprenditoriale che continua a far capo alla Provincia di Benevento, grazie all'operazione di trasformazione eterogenea regressiva.

La trasformazione in parola è richiamata anche nella pronuncia del Consiglio di Stato n. 3946/2018, che ha confermato la decisione di primo grado del TAR Campania n. 1836/2017. Il giudice amministrativo ha annullato il provvedimento di decadenza dalla carica di presidente del Consiglio di Amministrazione per incompatibilità, ai sensi dell'art. 7, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 39/2013, avendo rilevato il mancato decorso il termine biennale dalla cessazione della carica di consigliere provinciale. Nel caso di specie, il presidente del Consiglio di Amministrazione era stato nominato a seguito delle dimissioni dalla carica di consigliere provinciale e, successivamente, l'ASEA S.p.A. fu trasformata in azienda speciale. Tanto il giudice di primo grado, quanto quello del secondo grado si sono soffermati sull'appartenenza della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo e sulla sussistenza della causa di incompatibilità sopra indicata, ritenendola inesistente.

Esperienza più recente (del 2023) è quella attuata a Toano, comune in Provincia di Reggio Emilia, ove l'Azienda Servizi Toano S.r.l. Unipersonale è stata trasformata nell'Azienda Speciale Toano (abbreviata "AST") ai sensi dell'art. 2500 *septies* c.c.

Come specificato dallo Statuto della stessa Azienda "ex art. 2500 *sexies* c.c." (anche se forse sarebbe stato meglio dire "ex art. 2498 c.c." come affermato nella delibera n. 32 del 2023 del Consiglio comunale avente ad oggetto la trasformazione della società di capitali in azienda speciale), *"L'Azienda succede ... senza soluzione di continuità in ogni rapporto giuridico attivo o passivo della trasformata 'Azienda Servizi Toano Srl Unipersonale'"*. La deliberazione consiliare, in questo caso, ha dispensato gli amministratori dalla redazione della relazione ex art. 2500 *sexies* c.c. Il Consiglio Comunale ha disposto che il capitale sociale della società trasformata fosse trasferito al capitale di dotazione dell'Azienda Speciale Toano e, allo stesso modo che il patrimonio e la liquidità della S.r.l. fossero trasferiti quali patrimonio e liquidità dell'AST. In questo caso, oltre a tutti i rapporti, contratti e atti giuridici, passivi e attivi, diritti ed obblighi, la continuità si è estesa anche al rapporto tra ente ed organi sociali per espressa previsione della ridetta deliberazione.

Anche ad Arcisate, comune in provincia di Varese, come a Toano, è stata attuata la trasformazione di una S.r.l. in azienda speciale. Nel caso di specie, la società Farmacia Arcisate S.r.l. è stata trasformata nell'Azienda Speciale "A. Parmiani", in attuazione della deliberazione n. 16/2016 del Consiglio Comunale. Prima di deliberare la trasformazione, il Comune ha effettuato un'ampia *due diligence*, affidando lo studio di prefattibilità dell'operazione ad una società esterna e, successivamente, ha individuato le motivazioni di economicità, efficacia ed efficienza che giustificano la trasformazione regressiva da S.r.l. ad azienda speciale²⁶. Qui il Consiglio Comunale di Arcisate, al contrario di quello di Toano, non ha esonerato gli amministratori dalla relazione ex art. 2500 *sexies* c.c., nonostante nello studio di prefattibilità operato dalla società esterna la stessa avesse aperto a tale possibilità in conformità alla Massima n. 81 del 2005 del Consiglio Notarile di Milano.

Tra le più recenti esperienze di trasformazione, vi è quella attuata da vari comuni della provincia di Chieti²⁷, i quali hanno provveduto alla trasformazione della Civeta S.r.l. in azienda speciale consortile (CIVETA – Consorzio Intercomunale del Vastese Ecologia e Tutela dell'Ambiente).

Questa esperienza, più che per il processo di trasformazione in sé, appare particolarmente interessante per l'intervento della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che ha impugnato la delibera n. 31/2024 del Consiglio Comunale di San Salvo, avente ad oggetto la trasformazione della società di capitali, rilevando la violazione degli articoli 14, comma I e 21 del D.lgs. 201/2022, che esclude la possibilità di affidare ad una azienda speciale la gestione di un servizio a rete.

Inoltre, secondo la prospettazione dell'Autorità, la deliberazione era affetta da un ulteriore vizio relativo al profilo motivazionale: nell'atto di segnalazione AS2063, pubblicato sul Bollettino n. 10 del 17/10/2025, l'Autorità ricorda che, ex art. 7, comma VII, del D.lgs. 175/2016, anche le

²⁶ "Si ritiene utile ed economico procedere alla trasformazione regressiva da società di capitali ad azienda speciale essenzialmente per motivazioni di economicità sintetizzabili nei seguenti obiettivi perseguibili:

- *Efficacia: lo strumento dell'azienda speciale rappresenta lo strumento individuato dal legislatore per meglio perseguire gli obiettivi della gestione della farmacia comunale.*
- *Efficienza: la "governance" dell'azienda speciale configura una forma più diretta ed immediata di "controllo" da parte dell'ente locale rendendo più lineari ed economici i rapporti interistituzionali;"*

²⁷ L'art. 4 dello statuto dell'Azienda risultante dalla trasformazione specifica la divisione del capitale di dotazione come segue: Comunità Montana Montagna Sangro Vastese 14,68%, Comune di Cupello 3,67%, Comune di Vasto 44,04%, Comune di Casalbordino 7,34%, Comune di Monteodorisio 1,83%, Comune di Pollutri 1,83%, Comune di San Salvo 22,94%, Comune di Scerni 2,75%, Comune di Villalfonsina 0,92%.

operazioni di trasformazione regressiva di società di capitali in azienda speciale sono assoggettate all'obbligo di motivazione analitica di cui all'art. 5 del medesimo testo.

Si segnala anche un'esperienza avente un esito diverso da quelli appena ricostruiti, inerente ad un tentativo di trasformazione che è stato compiuto nella Regione Piemonte.

In particolare, si tratta della proposta di trasformazione della Società Metropolitana Acque Torino S.p.A. (SMAT S.p.A.) in azienda speciale, nella specie consortile in virtù del vasto numero di Comuni soci della stessa. Nonostante l'operazione di trasformazione non sia stata effettivamente conclusa per effetto della mancata approvazione da parte dell'assemblea dei soci, tale tentativo ha rappresentato un importante passaggio per la definizione della fattibilità giuridica dell'operazione di trasformazione regressiva da società di capitali partecipata ad azienda speciale. Nel corso del procedimento, a seguito della richiesta inoltrata dal Comune di Torino riguardante proprio la possibilità di operare la trasformazione sopra prospettata, è intervenuta la Corte dei Conti, sezione delle Autonomie, con la già citata Delibera n. 2/2014, che si è pronunciata favorevolmente in merito alla possibilità di realizzare l'operazione oggetto del presente contributo. Occorre, inoltre, evidenziare che non sempre la trasformazione è la soluzione migliore in termini di efficienza, efficacia ed economicità. Talvolta è necessario ricorrere alla già menzionata doppia vicenda estintiva-constitutiva per evitare che la trasformazione dia origine a una società o azienda *ab origine* indebitata incapace di garantire l'ottimale gestione.

Ulteriore caso è quello che si è verificato in riferimento alla gestione del servizio di trasporto locale nel comune di Messina, laddove l'ATM S.p.A. non è sorta da una trasformazione diretta della preesistente Azienda Speciale "ATM Messina", in quanto la grave crisi finanziaria che caratterizzava quest'ultima rendeva impossibile l'operazione ex art. 115 TUEL. In tal contesto, un intervento di trasformazione avrebbe avuto come unico effetto la costituzione di una società già in condizioni di grave insolvenza, priva di strumenti idonei a garantire il risanamento e la continuità gestionale. Per questo, il Comune di Messina ha dovuto, dapprima, disporre la messa in liquidazione dell'Azienda Trasporti Municipalizzata di Messina, con delibera n. 72C del 23 novembre 2018, e, solo in seguito, ha potuto costituire la società omonima (ATM Messina S.p.A.) in data 1° giugno 2020. È necessario specificare che nel caso in disamina, la delibera di costituzione dell'ATM S.p.A. non è dovuta passare dal vaglio della Corte dei Conti, dal momento che non era ancora entrata in vigore la modifica operata dalla L. 118/2022 all'art. 5 del TUSP (D.lgs. 175/2016).

In conclusione, sebbene l'esempio qui descritto riguardi un'Azienda Speciale dalla quale si è poi generata la società - diversamente dall'operazione oggetto del presente contributo, in cui l'azienda rappresenta il "risultato finale" - la sua analisi consente di evidenziare come l'aspetto realmente rilevante risieda nella possibilità, per gli enti locali, di disporre di un ampio ventaglio di soluzioni valutabili, finalizzate a garantire la gestione efficiente e sostenibile di un servizio pubblico locale.

5. Un breve bilancio e possibili prospettive future

Da tutto quanto finora considerato è possibile riscontrare come, anche a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. 201/2022, ancora una volta, il legislatore abbia assunto un atteggiamento che sembra sottendere il *favor* legislativo verso la gestione privatizzata dei servizi pubblici. Ciò emerge, ad esempio, dalla delimitazione dell'utilizzo della gestione in economia o tramite azienda speciale solo ai servizi pubblici non a rete. Nonostante ciò, come si stima di avere compiutamente evidenziato, la ripubblicizzazione del servizio costituisce un'opzione valutabile dagli enti locali, pur nel rispetto dei limiti legislativi. In particolare, la scelta degli enti locali deve essere sempre valutata nell'ottica dei criteri di efficacia, efficienza ed economicità, cosicché non sempre la

trasformazione, tanto quella qui analizzata, quanto quella di cui all'art. 115 TUEL, costituisce l'opzione migliore. A volte è necessario intraprendere il più lungo percorso di preventiva liquidazione dell'azienda o società gestore, ai fini della costituzione di un nuovo soggetto che si occuperà della gestione del servizio pubblico locale. In questa prospettiva si inserisce la proposta di lettura dell'operazione di trasformazione regressiva da società partecipata di capitali ad azienda speciale, considerato che, pur nelle difficoltà di delineare un quadro normativo unitario, non mancano esempi pratici di applicazione di questo istituto.

L'analisi di alcuni esempi applicativi ha permesso, in questa sede, di individuare alcuni tratti comuni, tra cui la continuità dei rapporti giuridici delle società trasformate. Inoltre, l'adozione della relazione ex art. 2500-sexies c.c., pur configurando un obbligo dal quale gli amministratori possono essere esonerati per volontà del socio o dei soci, è risultata, in tutti i casi esaminati ad eccezione di uno, costantemente richiesta.

Quanto all'individuazione della "base giuridica" di riferimento, occorre sottolineare che, alla luce del riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica operato dal d.lgs. 201/2022, l'operazione in esame – quando riguarda la gestione di servizi a rete, come il servizio idrico o la gestione dei rifiuti – allorquando sia stata completata successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 201/2022, potrebbe risultare in contrasto con gli artt. 14 e 21, disposizioni che non prevedono che i servizi a rete possano essere affidati alla gestione in economia o tramite azienda speciale.

Gli elementi via via emersi, sul piano normativo, giurisprudenziale e applicativo – con sperimentazioni, tutto sommato, piuttosto numerose – testimoniano quanto meno dell'esigenza, che talora si manifesta in modo sufficientemente chiaro, di non abbandonare *d'èmbelle* e per partito preso le strutture di gestione più marcatamente pubblicistiche in nome di una (apparente, sia consentito) privatizzazione, che deve essere utile e giustificata quanto la prima e non frutto di una tendenza a prescindere dalla realtà dei territori, degli enti territoriali e delle loro specifiche esigenze, in un'ottica che non può ignorare l'avvento dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Questo scenario, ovviamente, potrà essere oggetto di una futura ed ulteriore riflessione che induca ad un intervento riformatore da parte del legislatore, volto alla rilettura del regime giuridico dell'operazione di trasformazione regressiva da società partecipata di capitali ad azienda speciale, definendone i passaggi e gli aspetti essenziali, anche nell'ottica di garanzia dell'omogeneità delle azioni intraprese dalle singole realtà territoriali.

BIBLIOGRAFIA

Allena M. e Giuliano P., *VII. Servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Giuseppe Morbidelli, con il coordinamento di Fabio Cintioli – Federico Freni – Aristide Police, Milano, 2018.

Caia G., *La disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, Contenuto e caratteri del D. Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

Carraro G., *Trasformazione eterogenea regressiva di società a capitale pubblico*, in *Giur. comm.*, n. 5/2015, p. 925.

Genuessi I., *La partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti*, Torino, 2020.

Landuzzi F., *Ammessa la trasformazione eterogenea di una società di capitali in azienda speciale consortile*, in *Euroconference News*, *L'informazione quotidiana da professionista a professionista*, direttori: Sergio Pellegrino e Giovanni Valcarengi, edizione del 13 giugno 2014.

Lucarelli A., *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, in *Foro Amministrativo* (II), n. 1/ 2014, pp. 345.

Marino I.M., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Giuffrè, 1986.

Merusi F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.* 2004.

Pedaci A., *I servizi pubblici: cosa sono e caratteri specifici*, in www.edizioni.simone.it, 24 marzo 2022.

Pozzoli S. e Farnetani r., *Azienda speciale e società di capitali, Modelli aziendali nella gestione dei servizi pubblici locali*, Maggioli Editore, 2021.

Primerano A.G., *Oneri di analitica motivazione*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Giuseppe Morbidelli, con il coordinamento di Fabio Cintioli – Federico Freni – Aristide Police, Milano, 2018.

Quarta A., *La trasformazione eterogenea di una s.p.a. in azienda speciale*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2016.

Romano Tassone A., *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2013, 2-3.

Rum A.L., *Il servizio pubblico: nozione, ricostruzione storica, evoluzione*, in *Il Diritto Amministrativo*, *Rivista giuridica*, Anno XVII, n. 11, novembre 2025.

Saltelli G., *La legittima trasformazione di una società per azioni in azienda speciale: ultimo orientamento del Consiglio di Stato*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, dicembre 2018.

Santuari A., *Le aziende speciali tra ATS e servizi pubblici locali, Un rinnovato protagonismo degli enti locali?*, in www.welforum.it, 2025.

Tigano F., *Servizi pubblici locali tra privatizzazione, liberalizzazione e concorrenza: evoluzione normativa e profili problematici attuali*, in *Amministrazione e giustizia. Scritti degli allievi per Ignazio Maria Marino*, a cura di Fabrizio Tigano, Sebastiano Licciardello e Antonio Barone, Roma, 2015.

