

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA**  
**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**  
**MASTER DI I LIVELLO IN**  
***"AIRLINE MANAGEMENT AND REGULATION OF  
THE AVIATION INDUSTRY"***  
**A.A. 2022/2023**

---

**LA FUSIONE PER INCORPORAZIONE TRA SOCIETÀ MISTE DI  
GESTIONE AEROPORTUALE, IMPLICAZIONI E CRITICITÀ:  
IL CASO "SO.GE.A.AL. S.P.A. - GEASAR S.P.A."**

Tesi di

**Giulia Paratore**

Relatore

**Avv. Marco Di Giugno**

**Direzione Analisi Giuridiche e Contenzioso ENAC**

---

**Anno Accademico 2022-2023**

*L'uomo incontra Dio dietro ogni porta  
che la scienza riesce ad aprire  
Albert Einstein*



## *Introduzione*

“La clausola di esclusiva nell'atto di concessione di un servizio aereo di linea non può fondarsi sul mero interesse economico del concessionario ma deve trovare adeguata giustificazione in obbiettive ragioni di pubblico interesse”, così statuiva quarantasei anni orsono il Consiglio di Stato<sup>1</sup>, rendendo manifesti i due ingenti pesi che poggiano sulla medesima bilancia della gestione aeroportuale: da un lato, l'interesse economico del privato e, dall'altro, le ragioni di pubblico interesse.

L'importanza strategica del “sistema” aeroportuale, nel quale convogliano disparati interessi meritevoli di tutela – quali, tra i tanti, la continuità e l'efficienza dei servizi, la libera circolazione di persone e merci, la sicurezza, la concorrenza, la profittabilità – ha suscitato nel tempo molteplici profili di criticità, anche in ragione della costante presenza “statale” sull'operato del gestore privato, a garanzia del raggiungimento degli interessi pubblicistici, sino all'attualità, seppur con inevitabile mutamento di veste a fronte del processo di deregulation del trasporto aereo e dei relativi servizi di assistenza a terra.

L'autorità giurisdizionale ribadiva, invero, che i servizi di trasporto aereo di linea rientrassero nella sfera di operatività dell'art 43 Costituzione e che pertanto, conformemente all' articolo 776 cod.nav., i servizi suddetti dovessero essere esercitati solo su concessione governativa.

L'articolo 10, comma 13, della legge n. 537/93 ed il successivo D.M. 12 novembre 1997 n. 521 hanno previsto, poi, la costituzione di apposite società di capitali per la gestione degli aeroporti, secondo il modello della gestione totale, con indicazione degli adempimenti posti a carico dei soggetti interessati e dei requisiti da possedere per l'ottenimento della concessione.

Da un'analisi condotta dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (AVCP) è emerso che tutte le società di gestione aeroportuale hanno assunto la veste di

---

<sup>1</sup> Cons. di Stato, sentenza n. 00031 emessa in data 11/07/1978.

società per azioni, la cui composizione azionaria è, in alcuni casi, a capitale prevalentemente privato, in altri, a capitale prevalentemente pubblico ed in quattro ipotesi, al 100% pubblico.

La partecipazione pubblica al capitale della società di gestione è infatti ancora rilevante, specie avuto riguardo agli aeroporti dalle dimensioni più ridotte, ove, nella maggior parte dei casi, il capitale è detenuto interamente dal socio pubblico.

Nell'ipotesi di società miste, il D.M. 521/1997 ha individuato i criteri di scelta dei soci privati, la quale deve avvenire mediante procedura ad evidenza pubblica, sulla falsariga delle società miste incaricate della gestione dei servizi pubblici.

Infine, l'ingresso dei privati in un momento successivo alla costituzione della società è avvenuto – ed avviene - mediante la procedura prevista dal D.L. n. 332/1994, convertito con modificazioni dalla l. n. 474 del 30 luglio 1994 recante “Norme per l'accelerazione delle procedura di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni”, ovvero mediante la cessione agli stessi di quote di maggioranza detenute dagli enti pubblici, con peculiare ed eccezionale disapplicazione delle norme di legge e di regolamento sulla contabilità generale dello Stato.

Ne consegue la qualificazione del gestore aeroportuale come “*concessionario di pubblico servizio*”, ossia come soggetto deputato ad erogare, in luogo dello Stato, un servizio di fondamentale importanza per la collettività.

Il ruolo svolto dal gestore, quale soggetto privato investito di funzioni pubblicistiche, richiede che tali società rispettino parametri rigorosi stabiliti dalla legge, già a partire dalle primitive vicende societarie, dalle caratteristiche dell'atto costitutivo all'entità del capitale sociale e alla scelta dei soci nonché alla certificazione del bilancio, sino alle operazioni straordinarie, non sempre così fluide a fronte degli aspetti pubblicistici intersecati alla disciplina privatistica.

# PARTE I

## LA GESTIONE AEROPORTUALE

**Sommario:** 1. *Le società di gestione aeroportuale: premesse* 2. *Il “sistema aeroportuale” e l’evoluzione normativa* 3. *I compiti del gestore aeroportuale ex art. 705 cod. nav.; il Safety Management System e il ruolo del Security Manager* 4. *L’ENAC ed il Risk Management* 5. *La natura giuridica delle società di gestione: alcune considerazioni finali*

\*\*\*

### **1. Le società di gestione aeroportuale: premesse**

In chiave economica, per servizio si intende un bene immateriale che il soggetto erogatore, specie ove il servizio sia pubblico, deve garantire con imparzialità, regolarità e continuità al fine di assicurare il massimo soddisfacimento dell’utenza.

Non vi è dubbio che il trasporto per via aerea rientri nella nozione di servizio pubblico, di interesse nazionale, secondo il disposto normativo del D. Lgs. n. 422 del 1997 (“*Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale*”)<sup>2</sup>.

Sotto un profilo strettamente economico, i servizi pubblici, tra i quali, per l’appunto, i trasporti, presentano le caratteristiche dei beni privati e come tali la loro offerta non è impedita da parte del mercato; tuttavia, la necessità di un intervento pubblico emerge quando l’andamento dei costi di produzione determina il sorgere di condizioni di monopolio.

Nella disciplina dei servizi pubblici in generale è possibile individuare tre momenti logico – giuridici: l’assunzione, la regolazione e la gestione.

---

<sup>2</sup> Art. 3 “Trasporti pubblici di interesse nazionale”, comma 1: “*costituiscono servizi pubblici di trasporto di interesse nazionale: a) i servizi di trasporto aereo, ad eccezione dei collegamenti che si svolgono esclusivamente nell’ambito di una regione e dei servizi elicotteristici*”.

L'*assunzione* del servizio è rappresentata dalla decisione politica di porre in essere interventi di natura legislativa e finanziaria a fronte dell'insufficienza, totale o parziale, del mercato; la *regolazione* è, invece, il momento di stesura della disciplina apposta per il raggiungimento di tali misure; la *gestione*, infine, comprende sia il momento organizzativo sia l'attività di produzione del servizio, mediante l'operatività di imprese pubbliche e private, costituite in forma societaria.

Nell'ambito dei servizi pubblici si è assistito nel tempo al passaggio dallo Stato gestore – ove, mediante una riserva originaria di natura legislativa, lo Stato gestiva il servizio in forma diretta, mediante aziende speciali interne all'ente statale o in forma indiretta, mediante enti pubblici economici - allo Stato regolatore, a fronte dei processi di privatizzazione e di liberalizzazione, di cui il settore del trasporto aereo è emblema.

I servizi aventi rilevanza economica, quali il trasporto, l'energia elettrica e le telecomunicazioni, sono suscettibili di essere esercitati in forma imprenditoriale e si prestano, infatti, a essere gestiti da soggetti privati in regime di concorrenza (c.d. S.I.E.G.), a differenza di servizi non economici che vengono gestiti direttamente dalle pubbliche amministrazioni con oneri a carico della fiscalità generale (c.d. S.I.G.).

Nella prospettiva europea, invero, i servizi pubblici, oltre a garantire, più in generale, la coesione sociale e territoriale, nonché, nel caso specifico dei trasporti, la libera circolazione di persone e merci, sono sottoposti alle regole concorrenziali, cristallizzate nel disposto normativo di cui all'art.106 T.F.U.E., a salvaguardia della competitività economica.

Tra le forme di partenariato pubblico – privato, ovvero di gestione, largamente usate nel campo dei servizi di trasporto vi è la c.d. società mista, caratterizzata dall'avvio di una procedura competitiva a doppio oggetto volta alla scelta del socio affidatario del servizio tramite il rilascio di una concessione.

Orbene, la concessione del servizio a terzi selezionati sulla base di procedure competitive, specie ove il servizio si presta ad essere erogato da pochi gestori per ragioni tecnico – finanziarie, realizza un’ipotesi di concorrenza nel mercato<sup>3</sup>.

In definitiva, il problema fondamentale è quello di favorire, mediante la regolamentazione, la contendibilità dei mercati, agevolando la concorrenza. Il campo del trasporto aereo è stato caratterizzato dal rafforzamento dei processi di liberalizzazione accompagnati da politiche regolamentative.

Questa premessa aiuta a comprendere il parenchima tipico in cui opera il gestore aeroportuale ovvero il soggetto che, sotto il controllo e la vigilanza dell’ENAC, è deputato all’amministrazione delle infrastrutture aeroportuali e al coordinamento dei soggetti privati che prestano la propria opera all’interno dell’aeroporto.

L’individuazione del gestore avviene infatti in virtù di un provvedimento concessorio adottato, su proposta dell’ENAC, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, all’esito di una procedura di gara ad evidenza pubblica (come previsto dall’art. 704 del Codice della Navigazione) .

Ne consegue la qualificazione del gestore aeroportuale come “*concessionario di pubblico servizio*”, ossia come soggetto deputato ad erogare, in luogo dello Stato, un servizio di fondamentale importanza per la collettività.

L’assegnazione della concessione, pertanto, comporta l’acquisizione di un vantaggio, ossia il diritto di gestire l’infrastruttura aeroportuale beneficiando degli introiti prodotti e, tuttavia, implica anche il dovere di garantire all’utenza un servizio efficiente e qualitativamente elevato.

---

<sup>3</sup> Dal diritto europeo derivano le nozioni di concorrenza “*nel mercato*” e di concorrenza “*per il mercato*” ove la prima indica che la fornitura del servizio può essere svolta da una pluralità di operatori in concorrenza fra di loro, sulla base di un provvedimento di natura autorizzatoria teso a verificare il possesso dei requisiti tecnici ed economici e la seconda, che il servizio si presta ad essere svolto efficientemente da un unico gestore con attribuzione del servizio sulla scorta di una procedura competitiva di affidamento della concessione cui possono partecipare in condizioni di parità tutti i potenziali interessati.

## ***2. Il “sistema aeroportuale” e l’evoluzione normativa***

L’aeroporto rappresenta ad oggi una struttura articolata che, pur gravitando attorno al fenomeno del trasporto, racchiude una molteplicità di implicazioni ed interessi, pubblici e privati; basti pensare che all’effettivo esercizio del volo si accompagnano, ad esempio, le c.d. attività ancillari.

In aeroporto operano molteplici enti e società con forme giuridiche, organizzazione e finalità diverse che devono agire garantendo costantemente la sicurezza di tutte le operazioni.

Tra le più recenti definizioni di “aeroporto” vi è quella fornita dal Regolamento UE n.139/2014, ove per aeroporto si intende *“ogni area definita (inclusi edifici, impianti ed equipaggiamenti) su terra o acqua o su una struttura fissa, offshore fissa o galleggiante, destinata a essere utilizzata totalmente o in parte per l’arrivo, la partenza e gli spostamenti di terra degli aeromobili”*.

Il Codice della Navigazione originariamente contemplava il sistema aeroporto in prospettiva essenzialmente statica cioè avuto riguardo alla sua appartenenza al demanio statale e alla concessione in uso dei beni che lo formavano, sotto la vigilanza dell’autorità amministrativa aeronautica preposta (ovvero il Direttore di aeroporto), sul modello dell’autorità marittima.

All’epoca dell’entrata in vigore del codice, infatti, le poche operazioni che si svolgevano in aeroporto erano poste in essere dall’ esercente in autoproduzione.

Fino all’emanazione della legge 24 dicembre 1993 n. 537, la gestione aeroportuale avveniva secondo tre modelli:

- gestione diretta da parte dello Stato, quale unica forma di gestione prevista dal Codice della navigazione;

- gestione parziale, intesa come concessione di suolo demaniale al concessionario privato, con gestione delle infrastrutture di volo, invece, in capo allo Stato;
- gestione totale, con concessione di tutti i servizi dell'intero sistema aeroportuale in capo al concessionario, ivi comprese le infrastrutture.

È con questa legge che veniva avviato un processo di riforma in cui veniva indicato quale regime concessorio prevalente quello della gestione totale, mediante la costituzione di società di capitali.

Con la legge 3 agosto 1995 n. 351 sono state abrogate le norme che prevedevano la partecipazione maggioritaria dello Stato o di altri enti pubblici nelle società di gestione e quelle che prevedevano obblighi di destinazione degli utili delle stesse società.

Il Regolamento attuativo della Legge n. 537 del 1993, ovvero il D.M. 12 novembre 1997 n.521 ha previsto, infatti, che le società di gestione aeroportuale fossero costituite esclusivamente sottoforma di società di capitali e che in qualità di soci potessero partecipare, senza vincolo della proprietà maggioritaria, anche le regioni, le province, i comuni, gli enti locali e le camere di commercio.

Inoltre, seppure la legge n. 537 del 1993 rimettesse la scelta del gestore ad una procedura ad evidenza pubblica gestita da ENAC, nel DM 521/1997 veniva riconosciuta ai gestori parziali la possibilità di ottenere una concessione di gestione totale mediante la presentazione di un'istanza corredata da un programma di intervento. Di fatto, mediante il meccanismo della concessione, della durata massima di quaranta anni, si verificava il passaggio dalla gestione parziale a quella totale.

Il graduale processo di ammodernamento delle gestioni aeroportuali, culminato, per l'appunto, con la riforma della parte aeronautica del codice della navigazione, operata con il d.lgs.9 maggio 2005 n. 96 e con il successivo decreto correttivo n. 151 del 2006, ha determinato un riassetto

di competenze basato sulla distinzione tra attività di gestione dell'infrastruttura e fornitura dei servizi da un lato e funzioni di regolamentazione, controllo e certificazione dall'altro.

I Decreti Legislativi nn. 96 del 2005 e 151 del 2006 hanno tracciato, infatti, un cambio di vision: l'aeroporto da infrastruttura strategica ad uso prevalentemente bellico ed area tecnicamente preposta all'involo e all'atterraggio ad un vero e proprio "sistema aeroportuale".

Il summenzionato decreto legislativo n. 96 del 2005 si limitava, mediante la modifica dell'art.698 cod. nav., a distinguere gli aeroporti di rilevanza nazionale e quelli di interesse regionale; è stato, invece, il decreto 151 del 2006 ad ovviare tale carenza introducendo, come vero e proprio istituto giuridico, il sistema aeroportuale, quale particolare forma di aggregazione tra aeroporti, sino a giungere all'articolazione c.d. hub and spoke.

In altri termini, si è passati ad una gestione dinamica e imprenditoriale, ove il demanio aeronautico, da mero denominatore comune di beni suscettibili di formare oggetto di concessione, diventa parte centrale di un vero e proprio complesso aziendale in mano alle società di gestione; all'autorità amministrativa, l'ENAC, spettano invece i compiti di regolamentazione tecnica, certificazione, autorizzazione e vigilanza.

### ***3. I compiti del gestore aeroportuale ex art. 705 cod. nav.; il Safety Management System ed il ruolo del Security Manager***

Giova premettere che le attività svolte in ambito aeroportuale si distinguono in due macrocategorie:

- *aviation*, relative alle operazioni di volo e ai servizi collegati, in senso stretto, che costituiscono il core di supporto all'aviazione passeggeri e merci nonché l'handling ovvero i servizi di assistenza a terra, secondo l'elencazione fornita dall'All. A del D.Lgs. n. 18/1999, complementari, accessori o strumentali alla prestazione di trasporto;
- *non aviation*, relative ai servizi commerciali offerti ai passeggeri o, più in generale, all'utenza.

Ai sensi dell'art. 705 cod. nav., il gestore aeroportuale è il soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato.

L'idoneità del gestore aeroportuale a espletare le attività di cui al presente comma, nel rispetto degli standard tecnici di sicurezza, è attestata dalla certificazione rilasciata dall'ENAC.

Ferme restando la disciplina del titolo VII e comunque le competenze attribuite agli organi statali in materia di ordine e sicurezza pubblica, difesa civile, prevenzione degli incendi e lotta agli incendi, soccorso e protezione civile, il gestore aeroportuale:

a) assicura il puntuale rispetto degli obblighi assunti *con la convenzione ed il contratto di programma;*

b) organizza l'attività aeroportuale al fine di garantire l'efficiente ed ottimale utilizzazione delle risorse per la fornitura di attività e *di servizi di livello qualitativo adeguato*, anche mediante la pianificazione degli interventi in relazione alla tipologia di traffico;

c) corrisponde *il canone di concessione;*

d) *assicura agli utenti la presenza in aeroporto dei necessari servizi di assistenza a terra*, di cui all'articolo 706, fornendoli direttamente o coordinando l'attività dei soggetti idonei che forniscono i suddetti servizi *a favore di terzi o in autoproduzione;*

e) sotto la vigilanza dell'ENAC e coordinandosi con la società Enav, assegna le piazzole di sosta agli aeromobili e *assicura l'ordinato movimento degli altri mezzi e del personale sui piazzali*, al fine di non interferire con l'attività di movimentazione degli aeromobili, verificando il rispetto delle prescrizioni del regolamento di scalo da parte degli operatori privati fornitori di

servizi aeroportuali, [al fine dell'emissione delle sanzioni previste nel regolamento stesso e negli atti convenzionali];

bis) *propone all'ENAC l'applicazione delle misure sanzionatorie* previste per l'inosservanza delle condizioni d'uso degli aeroporti e delle disposizioni del regolamento di scalo da parte degli operatori privati fornitori di servizi aerei e aeroportuali;

ter) *applica, in casi di necessità e urgenza e salva ratifica dell'ENAC, le misure interdittive* di carattere temporaneo *previste dal regolamento di scalo e dal manuale di aeroporto;*

f) *fornisce tempestivamente notizie* all'ENAC, alla società Enav, ai vettori e agli enti interessati in merito a riduzioni del livello del servizio ed a interventi sull'area di movimento dell'aeroporto, nonché alla presenza di ostacoli o di altre condizioni di rischio per la navigazione aerea nell'ambito del sedime di concessione;

g) *redige la Carta dei servizi* in conformità alle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dall'ENAC e garantisce il rispetto dei previsti livelli di qualità dei servizi offerti all'utenza;

h) *assicura i controlli di sicurezza* su passeggeri, bagagli e merci, conformemente alle disposizioni vigenti, nonché la gestione degli oggetti smarriti.

Obiettivo prioritario del gestore nonché di tutti gli operatori del settore aeronautico è la sicurezza, attuata mediante politiche di prevenzione, nella sua doppia accezione di safety e di security.

In ordine al primo profilo, tra gli obblighi del gestore aeroportuale vi è l'adozione del *c.d. Safety Management System* ovvero un sistema di gestione che garantisca la sicurezza delle operazioni aeroportuali. Nello specifico, esso con esso si determinano le politiche di sicurezza, si assegnano le responsabilità ed i compiti, impartendo direttive al personale, si registrano ed analizzano le deviazioni dagli standard prefissati e si definiscono le misure correttive, anche

mediante verifiche periodiche e sistematiche, in accordo ad un programma di verifica approvato dall'ENAC.

La Commissione Europea definisce il sistema di gestione della safety come un sistema proattivo che identifica gli hazard delle attività, valuta i rischi che tali hazard presentano e agisce per ridurre tali rischi ad un livello accettabile.

In ordine al secondo profilo, come dettagliatamente esplicito dalla *circolare SEC – 08 del 27 gennaio 2022 emanata dall'ENAC*, si evidenzia che il gestore deve redigere, attuare e mantenere aggiornato il c.d. Programma di Sicurezza dell'Aeroporto (PSA), conformemente a quanto stabilito dal Programma Nazionale di Sicurezza dell'aviazione civile (PNS), redatto in base al Reg. (CE) n. 300/2008 e di esecuzione (UE) 2015/1998, attraverso il quale vengono descritti l'organizzazione, i metodi e le procedure da porre in essere, le misure di sicurezza applicate in aeroporto, definendo con chiarezza le responsabilità dei soggetti attuatori. Per tale motivo, il PNS ha istituito, in tutti gli aeroporti aperti al traffico aereo commerciale nonché per tutti i vettori aerei nazionali, la figura del Security Manager quale persona cui viene affidata la responsabilità generale di garantire che il PSA risponda alla normativa vigente. Tale soggetto, dotato di particolari competenze e di adeguata formazione in materia di security, è individuato nell'ambito del management aziendale e deve essere dotato di poteri di intervento e di autonomia decisionale. Le sue funzioni non sono infatti cumulabili con altre che implicano responsabilità né questi può ricoprire tale funzione in aeroporti analoghi. Fermo restando poi che il contenuto del PSA è coperto da segretezza e messo a disposizione dei relativi operatori sulla scorta del criterio della “necessità di sapere”, il Security Manager è sottoposto alla valutazione e accettazione da parte dell'ENAC. La proposta di incarico viene inviata, infatti, previa sottoscrizione del legale rappresentante o dell'Accountable Manager della società di gestione aeroportuale, all'ENAC al fine dell'accertamento di eventuali incompatibilità nonché del possesso di tutti i requisiti richiesti. L'autorità può quindi porre in essere una serie di azioni in via progressiva (richieste, diffide,

ingiunzioni e sanzioni amministrative) allorquando accerti determinati livelli di irregolarità nel corso di ispezioni o di audit dai quali per l'appunto possano emergere gravi carenze che impattino sulla security.

Il peculiare e delicato quadro di operatività del gestore aeroportuale spiega il perché la dottrina, seppur alle volte contrastante, abbia nel tempo qualificato la sua attività come pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c.<sup>4</sup>, oltre al regime di tipo contrattuale ricondotto al paradigma normativo di cui all'art. 1218 c.c. trattandosi di servizio pubblico di impresa svolto dietro il corrispettivo delle tasse aeroportuali.

#### ***4. L'ENAC ed il risk management***

Ogni sistema organizzativo contiene una componente di rischio legata al tipo di attività svolta nonché alla possibilità di commettere errori.

Il Risk Management è il processo che consente, attraverso un sistema formale e strutturato, l'identificazione dei rischi in una determinata attività o contesto organizzativo.

Nell'ambito dell'aviazione civile è di tutta evidenza che il concetto di rischio sia ben definito dalla normativa di settore; la metodologia di Risk Management è infatti applicata dall'autorità amministrativa preposta, ovvero l'ENAC, al Sistema di Gestione della Sicurezza nonché come elemento di completamento del PNS.

Il quadro regolamentare europeo assurge a livello di requisito per le Autorità nazionali lo sviluppo di un processo di gestione del rischio, inteso come processo essenziale alla funzione di

---

<sup>4</sup> Il dibattito ha preso le mosse da una pronuncia del Tribunale di Genova del 5 ottobre 2001 relativa ad un caso di bird strike ove il gestore aeroportuale è stato individuato quale soggetto responsabile dei danni sofferti dall'aeromobile per la carente organizzazione del servizio di avvistamento ed allontanamento dei volatili, per il quale riceve dai vettori una remunerazione.

monitoraggio della rispondenza del sistema di gestione ai requisiti applicabili e all'adeguatezza delle procedure<sup>5</sup>.

Uno degli strumenti fondamentali all'interno di un'organizzazione complessa per l'individuazione dei pericoli e per l'identificazione degli errori è proprio il reporting interno volontario da parte del personale, secondo un approccio proattivo in aggiunta a quello reattivo tipico della fase ispettiva.

In questa prospettiva è imprescindibile la definizione del contesto nonché l'effettuazione del risk assessment che comprende l'individuazione del rischio, la sua analisi, la sua valutazione e ponderazione, le possibili mitigazioni, il suo trattamento e la previsione di strumenti di monitoraggio e riesame.

Per avviare un processo strutturato di risk management occorre una visione integrata dei principali processi aziendali da parte del management e la consapevolezza dell'impatto che il malfunzionamento di uno di questi potrebbe comportare.

Non vi è poi alcun dubbio, alla luce dell'avvenuta liberalizzazione del settore, che le questioni economiche afferenti tanto i vettori aerei quanto le società di gestione aeroportuale abbiano una influenza sui risultati di sicurezza.

In definitiva, le norme di sicurezza aerea performance based sono focalizzate sul raggiungimento dei risultati offrendo nel contempo alle organizzazioni la flessibilità necessaria per la loro realizzazione in un modo economicamente più vantaggioso con previsione di un meccanismo di valutazione e di equilibrio, continuo, efficace per esaminare i risultati di sicurezza previsti dalle attività aeronautiche in aeroporti ormai deregolamentati.

---

<sup>5</sup> In linea con il quadro normativo europeo, l'ENAC ha individuato il Manuale per la Gestione dell'Organizzazione e della Qualità (MAGOQ) come uno degli strumenti per l'attuazione del sistema di monitoraggio e miglioramento continuo nell'ambito del Sistema di Gestione.

## ***5. La natura giuridica delle società di gestione: alcune considerazioni finali***

La materia aeroportuale forma oggetto delle disposizioni di cui al Codice dei Contratti Pubblici, posto che ai sensi dell'art. 150 del Nuovo codice (d.lgs. n. 36/2023) *“le disposizioni del codice si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali”*.

La dottrina<sup>6</sup> si è interrogata sull'ambito di applicazione di tale disposizione e ha interpretato la locuzione “messa a disposizione” in senso ampio, ricomprendendovi l'attività di messa a disposizione dell'intera infrastruttura aeroportuale.

La norma è comunemente interpretata alla luce del concetto di *“strumentalità”* ovvero alla diretta finalizzazione dell'attività da appaltare rispetto agli scopi propri dell'attività svolta dall'ente aggiudicatore. In altri termini, le disposizioni speciali del Codice si applicano solo agli appalti sottoscritti dall'ente aggiudicatore che abbiano un oggetto strumentale all'attività di sfruttamento dell'area geografica nonché ai fini della messa a disposizione di aeroporti.

La giurisprudenza non ha ancora raggiunto un orientamento univoco in merito al concetto di strumentalità nei settori speciali; con particolare riferimento alle infrastrutture aeroportuali ha, ad esempio, ritenuto strumentali:

- la realizzazione di un parcheggio multipiano, in quanto essenziale e strumentale ad una infrastruttura aeroportuale (Consiglio di Stato sez. VI, 4 gennaio 2005 n. 2);
- la realizzazione di una piattaforma logistica aeroportuale, in quanto riguardante la progettazione e costruzione di infrastrutture aeroportuali (TAR Bari sez. I, 3 luglio 2008 n.1604/2008);

---

<sup>6</sup> Si veda, ad esempio, IELO – ROTELLI, Commento all'art. 213 in RUGGERI ed altri, Codice dei contratti pubblici, Giuffrè, 2007.

- il noleggio e l'acquisto di macchine per il controllo bagagli (Tar Piemonte, sez. II, 29 settembre 2006 n. 3310);
- la gestione della sosta dei veicoli nell'area antistante l'aerostazione (Cassazione S.U. 4 novembre 2009 n. 23322);
- lo svolgimento di prestazioni di agenzia doganale e di spedizione (Cass. civ., sez. I, 7 novembre 1989, n. 4645);

Ha ritenuto non strumentali:

- la ripulitura della pista di volo dell'aeroporto (TAR Emilia Romagna Sez. I, 15 gennaio 2010 n. 10719);
- la gestione e organizzazione, non in esclusiva, dell'attività di ristorazione, consistente in somministrazione al pubblico di alimenti e bevande (TAR Lombardia Milano Sez. III 15 febbraio 2007 n. 266);
- la ripulitura della pista di volo dell'aeroporto (TAR Emilia Romagna Sez. I, 15 gennaio 2010 n. 10719);
- la gestione e organizzazione, non in esclusiva, dell'attività di ristorazione, consistente in somministrazione al pubblico di alimenti e bevande (TAR Lombardia Milano Sez. III 15 febbraio 2007 n. 266).

Ciò posto, occorre evidenziare che la giurisprudenza non ha offerto soluzioni univoche neppure in merito alla qualificazione soggettiva dei gestori aeroportuali, ritenendoli alle volte come amministrazioni aggiudicatrici e quindi organismi di diritto pubblico ed alle volte come enti aggiudicatori ovvero quali imprese pubbliche.

La diversa qualificazione giuridica è rilevante in termini di applicabilità delle norme previste dal Codice dei Contratti tenuto conto che le amministrazioni aggiudicatrici sono sempre tenute

all'applicazione a prescindere dal fatto che operino o meno nei settori speciali e, viceversa, gli enti aggiudicatori sono tenuti alla sua applicazione unitamente se sussista svolgimento di attività tipica del settore speciale.

In realtà, alla luce dell'evoluzione normativa, poiché i gestori aeroportuali sono titolari di una concessione attribuita da leggi speciali, vengono considerati ad oggi, a tali fini, enti aggiudicatori in quanto operano in virtù di diritti speciali o esclusivi. In realtà, ciò sarebbe valevole nei casi in cui il capitale della società di gestione sia prevalentemente privato.

I gestori aeroportuali la cui composizione azionaria è, invece, prevalentemente o totalmente pubblica vengono qualificati dalla giurisprudenza talora come organismi di diritto pubblico talora come imprese pubbliche.

Poiché le tipologie di gestori aeroportuali sono estremamente variegata, in termini di composizione azionaria, di volume di traffico e di risultati, è necessario valutare caso per caso.

La giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la natura giuridica di impresa pubblica (in un primo tempo) alla SEA S.p.A., affidataria della gestione del sistema aeroportuale milanese (per il suo intrinseco carattere imprenditoriale e connesso scopo di lucro), alla SAVE S.p.A., affidataria della gestione dell'Aeroporto Marco Polo di Venezia, alla SAB S.p.A., affidataria dell'aeroporto Marconi di Bologna ed alla SAC S.p.A., affidataria della gestione dell'Aeroporto Fontanarossa di Catania.

Anche la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di appalti degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che andrà a sostituire la Direttiva 2004/17, al considerando 6 afferma che *“un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un "organismo di diritto pubblico" in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale”*.

Vi è poi tutta una serie di pronunce in cui la giurisprudenza ha riconosciuto alle società di gestione degli aeroporti la natura giuridica di organismo di diritto pubblico.

Si ricorda in primo luogo l'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 23322 del 2009) che, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, ha affermato la natura giuridica di organismo di diritto pubblico alla GESAP SpA, gestore dell'aeroporto di Palermo (ed ha quindi dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo). In tale pronuncia la Suprema Corte ha ritenuto che l'attività del gestore persegua interessi generali e che lo svolgimento di attività "minoritaria" a carattere industriale non faccia venire meno la qualificazione come organismo di diritto pubblico.

Si segnala poi la sentenza del Consiglio di Stato che, in una fattispecie relativa ad una gara per l'affidamento di servizi assicurativi, ha riconosciuto alla SEA natura giuridica di organismo di diritto pubblico (cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 4934 dell'8 ottobre 2013); ciò in quanto, alla luce dei principi comunitari, per l'individuazione del c.d. "requisito teleologico" necessario ai fini della qualificazione di un soggetto quale organismo di diritto pubblico, occorre dare rilievo preminente non tanto al carattere dell'attività svolta, ma alle esigenze che l'ente è preordinato a soddisfare. Per i giudici di Palazzo Spada la gestione di grandi strutture aeroportuali come quelle dei due aeroporti di Milano va considerata come un servizio di pubblica utilità, poiché trattasi di infrastrutture di primario interesse nazionale, essenziali per il sistema dei trasporti, finalizzato a soddisfare esigenze di mobilità dei cittadini costituzionalmente garantite. Infatti, il servizio di pubblica utilità, che soddisfa un interesse generale, può essere gestito sia dallo Stato o dagli enti pubblici, sia in forma societaria, tramite concessione a privati.

Ed ancora: *“in ogni caso, il fine di lucro dell'eventuale esercente esterno non prevale sulla natura del servizio, che resta intrinsecamente pubblicistica in ragione della sua indefettibilità rispetto all'utilità generale, e che fa rientrare l'ente o la società, investita della stessa, fra gli organismi di diritto pubblico, ovvero fra i “soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente,*

*all'applicazione della normativa comunitaria, nonché al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica, previsti dalla normativa statale o regionale”* (cfr. art. 133, comma 1, lettera e, n. 1 c.p.a. nonché, per il principio, Cons. Stato, VI, 19 maggio 2008, n. 2280 e 1 aprile 2000, n. 1885; V, 22 aprile 2004, n. 2292; cfr. inoltre, per gli interporti, Cass., SS.UU., 12 maggio 2005, n. 9940).

Sulla base dell'analisi condotta sembra potersi affermare che le diverse conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza traggano origine dal peso attribuito a diversi indicatori, che possono far propendere per la natura giuridica di impresa pubblica o di organismo di diritto pubblico.

Infatti, da una parte, è innegabile come i gestori aeroportuali operino, di fatto, in un regime prossimo al monopolio e siano soggetti ad una stretta attività di regolazione di gestione e tariffaria. Anche la concorrenza tra gestori è molto limitata di fatto, in quanto il passeggero del trasporto aereo sceglie come raggiungere la propria destinazione prevalentemente sulla base delle offerte delle diverse compagnie aeronautiche e dell'esistenza di mezzi di trasporto alternativi. Nel valutare le offerte delle compagnie aeree considererà anche la prossimità dell'aeroporto. I gestori aeroportuali competono, così come implicitamente richiamato anche dall'art. 213 del Codice, tra loro soprattutto per attrarre il maggior numero di compagnie aeree, le quali nella scelta degli scali dove operare terranno in considerazione, oltre ai servizi offerti anche altre caratteristiche, quali l'utenza potenziale, l'accessibilità dello scalo, eventuali politiche di incentivazione locale. In sostanza, la possibilità di crescita dimensionale degli aeroporti sembra dipendere poco dalle scelte imprenditoriali dei gestori dei servizi aeroportuali.

D'altro canto, si deve però osservare come i gestori aeroportuali non si limitino a garantire le condizioni di operabilità degli scali aerei, ma cerchino di trarre tutte le possibili rendite dalla posizione di monopolio di cui godono. Ad esempio, si è riscontrato come i gestori cerchino di diversificare i servizi di travel retail, proprio al fine di massimizzare i possibili ricavi ottenibili, fino a spingersi ad installare o permettere l'installazione di ogni genere di attività commerciale, per trasformare l'aeroporto da un “non luogo” ad “airport city”, contenitori dinamici che offrono

servizi commerciali, di intrattenimento, sociali e culturali, che costituiscono motore di sviluppo economico per il territorio circostante. D'altr'onde, nel panorama internazionale gli aeroporti fanno a gara nello stupire i passeggeri, e rendere l'aeroporto quasi più appetibile della destinazione. Diversi gestori riescono così a registrare utili, anche elevati, almeno per quanto riguarda la parte di gestione, oggetto della presente analisi.

Le analisi condotte hanno mostrato che i gestori degli scali di maggiori dimensioni, indipendentemente se si tratti di imprese con capitale a prevalenza pubblica o privata, riescono a trarre utili dalla gestione senza bisogno di contributi pubblici, mentre i gestori degli aeroporti di minori dimensioni (di regola soggetti pubblici) sopportano perdite e necessitano di aiuti pubblici per sopravvivere.

Sebbene i risultati di bilancio da soli non siano sufficienti per concludere nel senso della natura industriale o commerciale di un'attività appare comunque evidente che le analisi condotte hanno mostrato che per la gestione degli aeroporti di dimensioni ridotte è assolutamente necessaria la corresponsione di un aiuto pubblico. Viceversa, gli aeroporti di dimensioni maggiori, per quanto sottoposti ad una rigida regolamentazione, sono in grado di generare utili così come dovrebbe fare qualsiasi impresa presente sul mercato.

In definitiva, ai fini della qualificazione giuridica dei gestori sembra potersi affermare, secondo questa logica, che non occorre considerare solo la composizione societaria (pubblica o privata) degli stessi, quanto piuttosto la dimensione del traffico passeggeri/merci degli aeroporti in gestione.

## PARTE II

### L'OPERAZIONE STRAORDINARIA DI FUSIONE TRA SOCIETÀ DI GESTIONE AEROPORTUALE: INTRECCIO DI DISCIPLINE

**Sommario:** 1. *La fusione societaria: inquadramento; 1.1. La fase preparatoria: il progetto di fusione; 1.2. La delibera di fusione; 1.3. L'atto di fusione; 1.4. L'invalidità della fusione; 1.5. La fusione quale fenomeno distinto dalla trasformazione: la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. Civ. n.21970 del 30/7/2021); 2. Il procedimento concessorio; 2.1 Il regime di cui all'art. 704 cod. nav. e le soglie minime di partecipazione pubblica ai sensi del D.M. 521 del 1997); 3. La fusione siciliana di SAC s.p.a.: un caso recente.*

\*\*\*

#### **1. La fusione societaria: inquadramento**

La fusione, che costituisce una delle c.d. operazioni sociali straordinarie, consiste nella unificazione di due o più società e, secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 2501 c.c.,<sup>7</sup> può realizzarsi in due modi:

a) con la costituzione di una nuova società, la quale prende il posto di tutte le società che si fondono (*fusione in senso stretto*);

b) mediante assorbimento in una società preesistente di una o più società (*fusione per incorporazione*); quest'ultima tipologia, che costituisce la forma più diffusa nella prassi, può a sua volta essere di due tipi:

a) *diretta*, quando è la società controllante ad incorporare la società controllata;

b) *inversa*, quando è la società controllata ad incorporare la società controllante.

---

<sup>7</sup> La fusione può essere definita *omogenea*, quando ha luogo tra società dello stesso tipo o *eterogenea*, quando ha luogo tra società di tipo diverso; in questo secondo caso, occorrerà la trasformazione di una o più società che si fondono.

È ormai pacifico, nonché testualmente previsto dalla riforma del diritto societario avvenuta nel 2003, che la fusione non è consentita alle società in stato di liquidazione che abbiano già iniziato la distribuzione dell'attivo, a meno che vi partecipino società con capitale non rappresentato da azioni.

Dal punto di vista economico, la fusione rappresenta uno strumento di concentrazione delle imprese societarie che consente di ampliarne la dimensione e quindi la competitività sul mercato nonché di beneficiare di agevolazioni dal punto di vista tributario.

Dal punto di vista giuridico, la fusione è inquadrata tra le vicende modificative dell'atto costitutivo societario ed è assimilabile ad un fenomeno successorio; in altri termini, poiché è caratterizzata da continuità, si ritiene che tecnicamente non avvenga una estinzione in quanto quest'ultima rappresenta l'effetto del subingresso della società risultante dalla fusione ma non anche la causa. Ciò che, infatti, avviene è la riduzione ad unità dei patrimoni delle singole società nonché la confluenza dei rispettivi soci in un'unica struttura organizzativa, con estinzione dei rapporti preesistenti, i quali però vengono assunti dalla società incorporante o nuova.

L'art. 2504 bis comma 1 c.p. prevede, infatti, l'assunzione dei diritti e degli obblighi delle società partecipanti alla fusione, con prosecuzione in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione, in capo alla nuova società o alla società incorporante.

L'essenza dell'istituto risiede proprio nella conciliazione tra continuità ed estinzione.

### *1.1. la fase preparatoria: il progetto di fusione*

Nell'attuale assetto codicistico, questa fase attenziona la fase di informazione preventiva ai soci e ai terzi coinvolti nell'operazione di fusione.

L'art. 2501 ter c.c. prevede, infatti, che l'organo di amministrazione delle diverse società partecipanti deve redigere un progetto di fusione, di identico contenuto per tutte le società

partecipanti, sulla base delle trattative intercorse, che determini condizioni e modalità e stabilisca al contempo il contenuto minimo del progetto<sup>8</sup>, garantendone la conoscibilità preventiva ai soci.

Ad oggi, questa fase è centrale in quanto il contenuto del progetto, pubblicato mediante iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti o in alternativa nel sito internet, è parzialmente immodificabile dalle assemblee e la sua pubblicazione delimita i creditori legittimati ad opporsi alla fusione.

Tra la pubblicazione e la data fissata per la delibera di fusione devono intercorrere almeno trenta giorni salvo che i soci non rinuncino al termine con unanimità di consensi.

Il codice civile prevede, poi, la redazione di tre documenti in affiancamento al progetto di fusione, tutti costituenti documentazione informativa, i quali vanno depositati congiuntamente ai bilanci degli ultimi tre esercizi, ovvero:

a) la situazione patrimoniale (ex art. 2501 *quater* c.c.); si tratta in sostanza di un bilancio di esercizio infrannuale (c.d. bilancio di fusione) la cui funzione prevalente è quella di fornire ai creditori sociali informazioni aggiornate circa la situazione patrimoniale delle società, il quale viene redatto secondo le norme generali relative al bilancio di esercizio;

b) la relazione degli amministratori (ex art. 2501 *quinquies* c.c.); gli amministratori devono redigere una relazione che illustri e giustifichi il progetto di fusione, con segnalazione ai soci di eventuali modifiche patrimoniali di rilievo, anche avuto riguardo al rapporto di cambio;

---

<sup>8</sup> L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione redige un progetto di fusione, dal quale devono in ogni caso risultare:

1) il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione; 2) l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione; 3) il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro; 4) le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante; 5) la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili; 6) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante; 7) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni; 8) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla fusione.

c) la relazione degli esperti (ex art. 2501 *sexies* c.c.); si tratta di una relazione, redatta da revisori legali o da società di revisione, avente ad oggetto la congruità del rapporto di cambio nonché l'adeguatezza sul metodo di determinazione dello stesso, con stima del patrimonio<sup>9</sup>.

Il codice civile prevede, essenzialmente in tre ipotesi, anche delle *fusioni semplificate*:

1) quando alla fusione non partecipano società con capitale rappresentato da azioni (art.2505 quater c.c.);

2) nelle ipotesi di incorporazione di società interamente posseduta ovvero quando una società deve incorporarne un'altra di cui possiede, anche indirettamente, tutte le quote o azioni (art.2505 c.c.); in questo caso è possibile omettere nel progetto di fusione il rapporto di cambio nonché le relazioni di cui sopra; è possibile, inoltre, che l'atto costitutivo o lo statuto delle società partecipanti sia deciso dai rispettivi organi amministrativi con deliberazione risultante da atto pubblico, se non vi è opposizione dei soci della incorporante, che rappresentino almeno il 5% del capitale, entro otto giorni dal deposito del progetto di fusione;

3) nelle ipotesi di incorporazione di società posseduta al novanta per cento (art. 2505 bis c.c.), con possibilità di omettere tutta la documentazione informativa qualora venga concesso ai soci della società incorporata il diritto di acquistare le loro azioni o quote dalla incorporante per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso; in tali casi, è possibile che l'atto costitutivo o lo statuto della sola società incorporante sia direttamente approvato dall'organo amministrativo.

---

<sup>9</sup> Si tratta di un momento molto delicato ed importante; l'esperto, infatti, risponde dei danni causati alle società partecipanti alla fusione, ai loro soci e ai terzi ed è esposto alle medesime sanzioni penali previste per il consulente tecnico d'ufficio di cui all'art. 64 c.p.c. Inoltre, quando la società nascente assumerà la forma di s.p.a. o di s.a.s., la designazione dell'esperto è riservata al tribunale e se trattasi di società quotate, l'esperto deve appartenere ad una delle società di revisione sottoposte alla vigilanza della CONSOB.

### *1.2. La delibera di fusione*

Secondo il disposto normativo di cui all'art. 2502 c.c., la fusione è decisa da ciascuna delle società che vi partecipano mediante approvazione del relativo progetto.

Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, tale approvazione avviene, nelle società di persone, con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salva la facoltà di recesso per il socio che non abbia consentito alla fusione, e nelle società di capitali, secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto.

La decisione di fusione può apportare al progetto di cui all'articolo 2501 ter c.c. solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi.

### *1.3. L'atto di fusione*

Il procedimento di fusione si conclude con la stipulazione dell'atto di fusione da parte dei legali rappresentanti delle società interessate, in attuazione alle relative delibere assembleari.

L'atto di fusione deve essere redatto sempre per atto pubblico e nei casi di fusione in senso stretto funge da atto costitutivo della nuova società.

Dall'ultima iscrizione nel registro delle imprese dei luoghi ove è posta la sede di tutte le società partecipanti alla fusione ne decorrono gli effetti; è con l'iscrizione della società incorporante o della nuova società che decorrono gli effetti costitutivi della fusione ovvero che si produce l'unificazione soggettiva e patrimoniale delle diverse società.

Nella fusione per incorporazione è consentito stabilire per tutti gli effetti una data di decorrenza successiva purché ciò sia previsto dal progetto di fusione.

Nel caso, invece, di retrodatazione degli effetti, la legge opera un distinguo:

- gli effetti a rilievo reale, ovvero l'unificazione delle società e del patrimonio, non possono retroagire convenzionalmente in quanto gli interessi dei creditori sociali sono indisponibili all'autonomia privata;
- è ammessa, invece, la retrodatazione contabile che consiste nell'imputare al bilancio della società nuova le operazioni compiute dalle società partecipanti prima del perfezionamento della fusione.

Infine, è prevista la redazione di un bilancio di fusione successivo ad essa, con possibilità di scostamento dei valori allorquando emerga un disavanzo di fusione, ex art. 2504 bis comma quarto c.c.

#### *1.4. L'invalidità della fusione*

Il procedimento di fusione può presentare vizi o anomalie più o meno gravi; si pensi al caso in cui il progetto di fusione non contenga il contenuto minimo previsto dalla legge o non venga pubblicato oppure all'annullabilità della delibera di fusione per vizi del procedimento o del contenuto.

Il punto non era regolato dalla disciplina previgente ma attualmente è stato risolto dall'art.2404 quater c.c. con previsione di una delimitazione temporale al fine di dichiarare l'invalidità della fusione, privilegiando le esigenze di conservazione dell'organismo risultante dalla fusione e di certezza dei traffici giuridici.

La norma, infatti, stabilisce che l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata allorquando siano eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione, senza eccezione alcuna, fatto salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione, i quali potranno comunque agire nei confronti degli amministratori delle società partecipanti.

Ne deriva che il termine per proporre impugnativa innanzi all'autorità giudiziaria per ottenere la sospensione della stipula dell'atto intercorre tra la delibera di fusione e l'ultima iscrizione dell'atto di fusione. Successivamente, la fusione è inattaccabile e, dunque, se la sospensiva non è stata

concessa, il giudizio di impugnativa della delibera potrà proseguire solo ai fini della determinazione del danno risarcibile.

Secondo un orientamento, si tende a distinguere tra “invalidità” dell’atto di fusione ed “inesistenza” dello stesso, dovuta invece alla radicale omissione di una o più fasi essenziali, secondo la stessa sorte prevista per le delibere assembleari; l’art. 2504 quater c.c. non precluderebbe infatti la possibilità di far valere successivamente l’inesistenza dell’atto di fusione ma solo l’invalidità<sup>10</sup>.

In realtà, il moderno disegno legislativo tende a sostituire in materia societaria i rimedi di diritto comune (ovverosia l’invalidità dell’atto) con rimedi di tipo obbligatorio (ovverosia il risarcimento del danno) quanto entrano in gioco esigenze di stabilità e certezza dei traffici giuridici.

È bene specificare, poi, che la norma concede immunità ai vizi e alle anomalie dell’atto e del procedimento di fusione ma non a quelli della società risultante dalla fusione, pregressi o provocati dalla stessa fusione (come ad esempio, nei casi di illiceità dell’oggetto della nuova società); dunque, dopo l’attuazione della fusione, resta possibile la dichiarazione di nullità della società con possibile messa in liquidazione della società nulla risultante dalla fusione, senza ritorno alla situazione anteriore.

Per comprendere meglio questa distinzione, occorre fare un passo addietro ed esporre brevemente quanto emerso nel dibattito giurisprudenziale, ove, per l’appunto, è stata analizzata la categoria dell’inesistenza degli atti adottati dagli organi deliberativi delle persone giuridiche.

Innanzitutto, è emerso che in materia di deliberazioni assembleari delle società di capitali il rapporto tra nullità ed annullabilità è invertito.

---

<sup>10</sup> Per questo orientamento (G. Scognamiglio, De Acutis, Farenga, Cerrai), condiviso in giurisprudenza, dal Trib. Velletri, 23/7/1994, in *Giur. Comm.*, 1995, II, 527, con nota di Vicari, si veda in particolare, G. Scognamiglio, in *Riv. Dir. Comm.* 1992, I, 1027 ss., che configura l’inesistenza della fusione quando manchino, o siano giuridicamente inesistenti, il progetto, la delibera o l’atto di fusione, nonché quando non sia determinato il rapporto di cambio; la tesi è stata riproposta dopo la riforma del 2003 in termini solo formalmente modificati, prospettando che gli indicati vizi comportino la radicale inefficacia dell’atto di fusione, la cui dichiarazione non è preclusa dall’art. 2504 quater c.c. (G. Scognamiglio, *Le scissioni*, 384 ss.); inoltre, è stato anche sostenuto che l’art. 2504 quater c.c. non preclude il ricorso al giudice del registro per ottenere la cancellazione dell’iscrizione dell’atto di fusione (C. e R. Santagata, *Le fusioni*, 626).

Secondo i principi vevoli per la disciplina contrattuale, l'azione di nullità è un'azione generale, invece l'azione di annullamento è speciale ed esperibile solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

Viceversa, in materia societaria, ad essere generale è l'azione di annullamento e speciale quella di nullità.

La deliberazione è, infatti, nulla solo nei casi tassativamente indicati dall'art. 2379 c.c. ed è annullabile in ogni altro caso in cui risulti presa "non in conformità della legge o dello statuto" ex art.2377 c.c.

La ragione di questa inversione di regime si riconduce all'esigenza di minimizzare l'incertezza e proteggere così l'interesse dei terzi che entrano in rapporto con la società, i quali altrimenti sarebbero esposti al rischio di vedersi opporre la nullità della deliberazione assembleare nonché l'interesse della società stessa alla stabilità delle proprie deliberazioni.

Tuttavia, l'annullabilità "virtuale" e la nullità "testuale" possono costituire fonte di inconvenienti in quanto anche a fronte di clamorose illegittimità, la deliberazione, ove non tempestivamente impugnata con l'azione di annullamento, si stabilizzerebbe rendendo definitivo il vulnus alla legalità.

Per tale motivo, la giurisprudenza, prima della riforma del diritto societario avvenuta nel 2003, aveva elaborato la categoria della inesistenza dell'atto giuridico, individuando cioè una serie di casi, divenuti negli anni sempre più numerosi, in cui la delibera fosse inesistente e come tale sottratta al regime di annullabilità, evitandone la stabilizzazione.

Si pensi al caso della deliberazione presa senza convocazione o da assemblea regolarmente convocata alla quale non avevano partecipato tutti i soci per impossibilità materiale o non verbalizzata o non adottata con voto determinante o presa con un numero insufficiente di voti per errore di calcolo.

Tuttavia, così facendo, si rischiava di minare alla certezza cui mirava il legislatore e dunque la riforma del 2003 è intervenuta per porre rimedio modificando gli artt. 2377 e 2379 c.c. menzionando esplicitamente le ipotesi in cui le deliberazioni erano state considerate dalla giurisprudenza inesistenti, riconducendole per la maggior parte dei casi ad ipotesi di mera annullabilità; per controbilanciare ogni esigenza, il legislatore però specificava che nelle seguenti tre ipotesi specifiche, la deliberazione non avrebbe potuto essere annullata, ovvero: a) nel caso in cui la presenza di soggetti non legittimati non avrebbe inciso sui quorum costitutivi e deliberativi; b) nel caso di errato conteggio dei voti non determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza; c) nei casi di incompletezza e inesattezza del verbale che però non impediscono l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

Viceversa, le ipotesi di mancata convocazione dell'assemblea nonché di mancanza di verbale, ovvero le ipotesi più gravi di inesistenza, venivano ricondotte dal riformatore nella categoria della nullità.

#### 1.5 La fusione quale fenomeno distinto dalla trasformazione: la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. Civ. n. 21970 del 30/7/2021)

Per comprendere con maggiore intensità la natura ed i presupposti della fusione societaria, è utile operare un confronto con le altre operazioni, prima fra tutte la trasformazione, ben delineato da una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione (n.21970 del 2021 pronunciata il 13 luglio 2021), di cui si riportano, in commento, i passi più significativi.

Le modificazioni che possono interessare il soggetto collettivo e la sua attività, pur nella permanenza dei soci e dell'intrapresa economica sul mercato, sono varie e di diversa intensità, da minima a massima.

Ci si vuol riferire a quelle varie operazioni che, usualmente di competenza dell'assemblea straordinaria, ma a volte anche degli amministratori, comportano un profilo di riorganizzazione dell'impresa e, dunque, ricevono una disciplina ad hoc, atta a renderla giuridicamente più agile ed economicamente meno onerosa, riducendo i costi di transazione.

Si va dal mutamento della denominazione, la quale lascia sussistere il medesimo soggetto, sia pure diversamente nominato; alla cessione e all'affitto di azienda o di ramo d'azienda, ove muta il gestore della stessa, senza modificazione né soggettiva del concedente, né oggettiva dell'azienda come *universitas facti*, quale complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 cc.), arrestandosi l'efficacia della vicenda modificativa al solo trasferimento della proprietà o godimento dell'azienda (art. 2556 cod. civ.); alla trasformazione, la quale del pari, sebbene sotto un'altra forma, lascia permanere l'ente nella sua originaria identità; sino alla fusione ed alla scissione, in cui, al contrario, almeno in alcuni casi e per taluni dei soggetti partecipanti (società incorporate, società fuse, società scissa che assegni l'intero suo patrimonio a più società), il mutamento è radicale, con la scomparsa di essi dalla scena giuridica, allo stesso modo dello scioglimento e della liquidazione della società, seguite dalla cancellazione dal registro delle imprese<sup>11</sup>.

Nella trasformazione - ove il cambiamento organizzativo è più intenso, trattandosi di modificare il tipo sociale o, addirittura, di trascorrere da una struttura societaria ad un'altra che non

---

<sup>11</sup> Civ., Sezioni Unite di cui sopra: è stato da tempo chiarito che il mutamento della denominazione sociale configura una modificazione dell'atto costitutivo (Cass. 28 giugno 1997, n. 5798), ma non determina l'estinzione dell'ente e la nascita di un nuovo diverso soggetto giuridico, comportando solo l'incidenza su di un aspetto organizzativo della società (fra le tante, Cass. 29 dicembre 2004, n. 24089); del pari, si è precisato che, in caso di trasferimento della sede sociale all'estero, un mutamento di identità non potrebbe essere ricollegato al contemporaneo cambiamento della denominazione sociale, che non fa venir meno la «continuità» giuridica della società (Cass. 28 settembre 2005, n. 18944). Nelle società di persone, parimenti, il mutamento della ragione sociale per effetto della sostituzione del socio, come accade per l'unico socio accomandatario ex art. 2314 cod. civ., determina esclusivamente una modificazione dell'atto costitutivo, ma non la nascita o il mutamento della società in un soggetto giuridico diverso, onde essa non si estingue, né sorge una diversa società (Cass. 29 luglio 2008, n. 20558; Cass. 14 dicembre 2006, n. 26826, sia pure massimata, erroneamente, con riguardo alla medesimezza del soggetto nella trasformazione; Cass. 13 aprile 1989, n. 1781; con qualche episodica incertezza: cfr. Cass. 2 luglio 2004, n. 12150, in tema di contenzioso tributario). Gli stessi principi sono sottesi ad altre decisioni, pur rese in una prospettiva diversa, quale la tutela della denominazione in presenza del mutamento dell'oggetto sociale (Cass. 13 marzo 2014, n. 5931) Ric. 2019 n. 06178 sez. SU - ud. 13-07-2021 -6- ed a fronte della prospettata perdita dell'avviamento dovuta al mutamento del nome (Cass. 17 luglio 2007, n. 15950).

sia tale, e viceversa - resta che l'operazione comporta soltanto il mutamento formale dell'organizzazione societaria già esistente, non la creazione di un nuovo ente che si distingue dal vecchio, sicché l'ente trasformato, quand'anche consegua la personalità giuridica di cui prima era sprovvisto (o al converso la perda), non si estingue per rinascere sotto altra forma, né dà luogo ad un nuovo centro d'imputazione di rapporti giuridici, ma sopravvive alla vicenda modificativa, senza soluzione di continuità e senza perdere la sua identità soggettiva; il patrimonio (mobile ed immobile) della società trasformata resta di proprietà della medesima società, che non cambia, pur nella sua nuova veste e denominazione (v. Cass. 3 agosto 1988, n. 4815). Tutte le successive decisioni hanno confermato tale principio: osservandosi, ad esempio, che la trasformazione della società in nome collettivo in società in accomandita semplice comporta soltanto il mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, senza la creazione di un nuovo soggetto distinto da quello originario, onde non incide sui rapporti sostanziali e processuali che al soggetto fanno capo (Cass. 25 marzo 1992, n. 3713)<sup>12</sup>;

ciò, sino a ribadire costantemente che la trasformazione di una società in un altro dei tipi previsti dalla legge non si traduce nell'estinzione del soggetto e nella correlativa creazione di uno diverso ma configura una vicenda meramente evolutivo-modificativa del medesimo soggetto<sup>13</sup>.

Fatte queste premesse, la peculiarità dell'operazione di fusione, analogamente alla scissione, sta nella prosecuzione dei soci nell'attività d'impresa mediante una diversa struttura organizzativa, una volta, evidentemente, venuto meno l'interesse, l'utilità o la possibilità di perseguirla con la società dapprima partecipata.

Sebbene i soci e i patrimoni dei conferenti restino sempre i medesimi che, a suo tempo, avevano concorso all'originario progetto economico mediante la costituzione della primigenia

---

<sup>12</sup> Lo stesso si reputa nelle ipotesi di trasformazione da società personale a società di capitali (Cass. 12 novembre 2003, n. 17066; Cass. 4 novembre 1998, n. 11077), da società per azioni a s.r.l. (Cass. 3 gennaio 2002, n. 26; Cass. 23 aprile 2001, n. 5963), da s.r.l. a società per azioni (Cass. 13 settembre 2002, n. 13434), e così via.

<sup>13</sup> cfr. *plurimis*, Cass., sez. un., 31 ottobre 2007, n. 23019; nonché es. Cass. 19 maggio 2016, n. 10332; Cass. 20 giugno 2011, n. 13467; Cass. 14 dicembre 2006, n. 26826; Cass. 13 settembre 2002, n. 13434; Cass. 23 aprile 2001, n. 5963.

società, si ha che, in séguito, il perseguimento delle finalità economico-patrimoniali - finanziarie, nell'esercizio dell'autonomia negoziale garantita dall'art. 41 Cost., avrà indotto ad una riorganizzazione di quella intrapresa, ancora più radicale rispetto ad altre, sopra prospettate.

Diversa certamente la situazione si presenta, dunque, in paragone a quella del mero scioglimento della società dove l'entità economica viene liquidata e cessa di operare sul mercato, senza nessun subentro di un altro soggetto o la continuazione dell'impresa. Non si può disconoscere pertanto che - al contrario che nello scioglimento e liquidazione della società - con la fusione l'operazione economica abbia il significato opposto: non l'uscita dal mercato, ma la permanenza dei soci sul medesimo, sia pure in forme diverse.

E, tuttavia, occorre pur ragionare se la società originaria – sia essa liquidata, incorporata o fusa - a séguito della cancellazione dal registro delle imprese si estingua come organizzazione e come soggetto dell'ordinamento giuridico, oppure no.

A riguardo dell'operazione di fusione, un certo disorientamento si è creato all'interno della Corte, donde la rimessione alle Sezioni unite.

La ricerca del superamento delle incertezze, a fronte di soluzioni non sistematiche, è particolarmente auspicabile, considerando che la questione può involgere non soltanto ogni tipo di giudizio in cui sia parte una società ma che anche altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto societario, sono suscettibili di seguire la stessa disciplina (cfr. es. art. 42-bis cod. civ., in tema di fusione e scissione di associazioni e fondazioni).

- *La tesi della natura evolutivo-modificativa con sopravvivenza della società incorporata o fusa.*

È stata affermata, poco dopo l'entrata in vigore della riforma introdotta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la tesi secondo cui, ai sensi del nuovo art. 2504-bis cod. civ., la fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea

un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo<sup>14</sup>.

In sostanza, la Corte ha affermato dapprima il principio di diritto, secondo cui l'estinzione della società, ricorrente per cassazione, dopo il ricorso non determina l'interruzione del giudizio, dominato ormai dall'impulso d'ufficio; e, poi, ha smentito anche l'esistenza della premessa minore, aggiungendo che l'incorporazione non aveva prodotto l'estinzione della società incorporata, con conseguente disapplicazione radicale dell'istituto della interruzione del processo.

Se pure, pertanto, l'affermazione sulla mancata estinzione del soggetto incorporato non integri propriamente un obiter dictum quale passaggio della decisione estraneo al thema decidendum – dal momento che è almeno dubbio se, nel sillogismo giudiziario, volto in tal caso alla pronuncia processuale di interruzione del giudizio, debba costituire primario antecedente logico il presupposto di diritto (l'interruzione del processo non si applica in cassazione) o quello di fatto (la società non era estinta) - resta che l'affermazione non era necessitata.

La tesi è stata, da allora, seguita da plurime decisioni, le quali hanno fatto proprio il pedissequo richiamo alla «vicenda meramente evolutivo -modificativa», con esclusione dell'effetto successorio ed estintivo.

Si tratta di pronunce che, per lo più, hanno inteso risolvere questioni processuali, senza indagare le sottese tematiche societarie, ma guidate dal non celato fine di evitare aggravio di

---

<sup>14</sup> Si tratta della nota ordinanza *Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637*, la quale ha così escluso che la fusione per incorporazione determini l'interruzione del processo ai sensi dell'art. 300 cod. proc. civ. Per vero, dall'intera motivazione dell'ordinanza, resa in sede di regolamento di giurisdizione (su contratto d'appalto di servizi di biglietteria e distribuzione pubblicitaria, relativo alle manifestazioni promosse dalla Fondazione Accademia di Santa Cecilia, e che dichiarò la giurisdizione del giudice amministrativo) - procedimento in cui la ricorrente aveva chiesto fosse dichiarata, ai sensi dell'art. 300 cod. proc. civ., l'interruzione del processo di cassazione, in conseguenza della fusione per incorporazione della società stessa in altra società azionaria - emerge trattarsi di un'affermazione *ad abundantiam* secondaria sia quanto al capo specifico, sia nel contesto della complessiva decisione.

incombenti per le parti, ritardi nel processo o formalismi, reputati dal collegio privi di valore a tutela di posizioni od interessi sostanziali e, quindi, vitandi. Così, quanto alla posizione processuale attiva della parte, alla società incorporata è stato attribuito il potere di impugnazione. Con riguardo alla posizione processuale passiva, numerose pronunce hanno affermato che la società incorporata o fusa possa essere convenuta in giudizio<sup>15</sup>.

Quanto all'essere la società incorporata destinataria dell'atto di impugnazione, una sentenza di poco posteriore alle citate Sezioni unite del 2006 ritenne ammissibile il ricorso per cassazione, in presenza della notificazione alla società parte del giudizio di merito, ma ormai incorporata in altra prima della notificazione del ricorso (Cass. 23 giugno 2006, n. 14526)<sup>16</sup>.

La successiva sentenza delle Sezioni unite del 14 settembre 2010, n. 19509 ha affermato, ancora però in una fusione anteriore al 2004, che la società incorporata si estingue, e, ciò nonostante, non è nullo l'atto d'appello indirizzato alla società estinta e notificato presso il procuratore costituito nel giudizio di primo grado, enunciando il principio per cui l'impugnazione è valida, se l'impugnante non abbia avuto notizia dell'evento modificatore della capacità della giuridica mediante la notificazione dello stesso; l'accento, qui, è posto sull'affidamento dell'altra parte processuale.

Altre recenti sentenze richiamano il principio dell'effetto c.d. evolutivo-modificativo, quando, però, ciò non sarebbe stato necessario:

l'una, in quanto non occorre negare l'estinzione dell'incorporata, per reputare che, a seguito della fusione, si abbia la prosecuzione dei rapporti giuridici nel soggetto unificato o

---

<sup>15</sup> Al riguardo, peraltro, una decisione (Cass., sez. un., 17 settembre 2010, n. 19698) non attiene alla fusione post riforma, ma a quella anteriormente perfezionatasi. Essa si occupa di una vicenda processuale in cui sia l'atto di citazione, sia l'appello erano stati notificati alla società incorporata, nonostante la precedente iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione, concludendo per la radicale nullità «sia della vocatio in ius che della notifica dell'atto di citazione, dirette nei confronti di un soggetto non più esistente», repute «radicalmente nulle, non essendo stata tale nullità, rilevabile d'ufficio, neppure sanata dalla costituzione in giudizio del soggetto incorporante. Ne consegue l'inesistenza delle sentenze di primo e di secondo grado». Dunque, la decisione non costituisce precedente, ai fini della questione in esame, in quanto attiene a vicenda ante riforma del 2003, pur avendo reputato necessario confutare, in presenza di estinzione, l'effetto interruttivo del processo a séguito di fusione.

<sup>16</sup> La sentenza richiama due precedenti, in tema di mutamento dei soci e di trasformazione (Cass. 13 agosto 2004, n.15737; Cass. 29 dicembre 2004, n. 24089), assimilando tali fenomeni, per vero diversi, alla fusione.

incorporante, essendo ciò il lineare portato della disposizione ex art.2504-bis cod. civ. (Cass. 16 maggio 2017, n. 12119);

l'altra, avendo invero reputato ammissibile il ricorso per cassazione da parte di società che aveva, sì, deliberato la fusione per incorporazione prima del ricorso, ma a quel momento non era stata ancora cancellata dal registro delle imprese, evento occorso solo dopo la notificazione del ricorso (Cass. 10 dicembre 2019, n. 32208);

la terza, perché reputa collegati fra di loro in modo necessario due concetti, che in realtà non lo sono, quando afferma che «L'art. 2501 cod. civ., proprio perché nulla prevede in termini di estinzione della società incorporata, induce a ritenere che la società incorporante, in quanto centro unitario di imputazione dei rapporti preesistenti, cioè di tutte le posizioni attive e passive già facenti capo all'incorporata, abbia anche la legittimazione attiva e passiva della prima come soggetto che prosegue l'attività della seconda», ai soli fini della diversa questione dell'attribuzione alla società incorporante della qualifica di responsabile dell'inquinamento ai sensi dell'art. 253 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, Codice dell'ambiente (Cass. 10 dicembre 2019, n. 32142)<sup>17</sup>.

- *La tesi dell'estinzione con effetto devolutivo -successorio*

Di contro, una pluralità di decisioni ha mostrato una certa difficoltà a seguire la tesi opposta, distaccandosene gradualmente. Di recente, così, si è enunciato il principio (Cass. 19 maggio 2020, n.9137) secondo cui, ove la società sia incorporata in altra, la legittimazione attiva all'impugnazione spetta alla società incorporante.

---

<sup>17</sup> Non possono rinvenirsi dei precedenti, invece, in quelle pronunce in materia tributaria (cfr. Cass. 4 marzo 2021, n. 5953; Cass. 23 luglio 2020, n. 15757; Cass. 17 luglio 2019, n. 19222), dove vigono, a quei fini, i principi della neutralità e della simmetria fiscale della fusione e della scissione di società (artt. 172 e 173 t.u.i.r.), i quali perseguono l'obiettivo di evitare che si pervenga alla incorporazione di società inattive a fini elusivi e alla fusione di "scatole vuote" o piene solo di perdite da portare "in dote" all'incorporante, esigendosi che la società abbia una residua efficienza, nell'ambito della c.d. disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale di cui all'art. 10-bis I. 27 luglio 2000, n. 212, inserito dall'art. 1 d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128.

Altra decisione di poco anteriore (Cass. 2 marzo 2020, n. 5640) conclude per l'inammissibilità della domanda proposta dalla società incorporata, in quanto reputa legittimata all'azione la sola società incorporante; peraltro, in motivazione contiene un richiamo al dictum delle Sezioni unite del 2006, in concreto disatteso.

Già in precedenza, si era cominciato ad affermare che solo la società incorporante, non l'incorporata estinta per incorporazione, possa essere la destinataria dell'atto di impugnazione: premesso che il nuovo art. 2504-bis cod. civ. ha sancito il subentro in tutti i rapporti preesistenti anche processuali «all'evidente fine di evitare irragionevoli interruzioni del giudizio, contrarie, peraltro, ai principi del giusto processo», essa ha confermato la sentenza di merito, che aveva dichiarato inammissibile l'appello proposto contro società già incorporata in altra (Cass. 15 febbraio 2013, n.3820).

Nello stesso senso ha ragionato una successiva decisione, la quale ha ritenuto necessaria destinataria dell'impugnazione, in quanto esclusiva legittimata processuale passiva, la società incorporante, e non la incorporata, soggetto non più esistente a séguito della fusione: perché l'art. 2504-bis cod. civ. prevede «la legittimazione attiva e passiva della prima come soggetto che prosegue l'attività della seconda, non già la permanenza in vita della società incorporata fino alla cessazione dei rapporti che la riguardano, che implicherebbe anche una anomala e non prevista prorogatio sine die dei suoi organi rappresentativi» (Cass. 24 maggio 2019, n. 14177, pur richiamando, in motivazione, precedenti di orientamento vario ed ancora il tema dell'affidamento dell'altra parte del processo)<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Possono ricordarsi, all'interno dei presupposti logico-giuridici di tale orientamento, anche le recenti decisioni (Cass. 21 febbraio 2020, n. 4737; Cass. 19 giugno 2020, n. 11984) che, nel ragionare sulla fallibilità della società scissa nella scissione totalitaria, hanno respinto la tesi della scissione come fenomeno operante solo una modificazione dell'atto costitutivo, invece che successorio ed estintivo della società scissa. Si tratta, dunque, di precedenti alquanto sporadici ed occasionali.

La Corte, esposte le due tesi opposte, prosegue con la ricostruzione del sistema, premettendo che il legislatore interno non ha dettato una disposizione specifica volta alla qualificazione giuridica della fusione societaria né ha indicato i suoi effetti sul piano soggettivo.

La ricostruzione del sistema positivo esige l'esame, condotto mediante i criteri ermeneutici imposti dall'art. 12 delle preleggi, della disciplina complessiva della fusione e degli elementi normativi evincibili dal sistema del codice civile e delle leggi speciali, in una col diritto interno dovendosi, altresì, tenere conto delle direttive comunitarie ed eurounitarie, trattandosi di materia armonizzata.

Le tesi sono state ispirate dal testo letterale - ante e post riforma del diritto societario, introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 - dell'art. 2504-bis cod. civ. L'art. 2502, comma 4, del codice civile del 1942 prevedeva che «la società incorporante o quella che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte». Si affermava dunque senz'altro - sul solco dell'elaborazione risalente al codice di commercio del 1882, che faceva riferimento, in tema di fusione, alle società che «cessano di esistere» (art. 194, comma 2) ed alle «società estinte» (art. 196) - che la fusione societaria realizza un fenomeno di successione a titolo universale, in virtù del quale si determina l'estinzione della società incorporata (in caso di fusione per incorporazione) o di tutte le società fuse (in caso di fusione propria) e la successione, rispettivamente della società incorporante o della nuova società risultante dalla fusione, in tutti i rapporti giuridici.

Nella successiva evoluzione, l'art. 2504-bis, comma 1, cod. civ., introdotto dall'art. 13 d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, dispose, sugli effetti della fusione, che «[ha società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte». Il legislatore, peraltro, in tale occasione ritenne che non fosse suo compito prendere posizione sulla natura giuridica della fusione.

Afferma, invero, la Relazione del Ministro di grazia e giustizia, concernente il d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, che una più analitica descrizione degli effetti della fusione «è sembrata da un

lato superflua, dall'altro inopportuna, in base all'assunto che il compito del legislatore è quello di disciplinare il procedimento di fusione, piuttosto che quello di definire la natura giuridica dell'istituto, prendendo posizione sul dibattito fra coloro che ravvisano nella fusione un fenomeno di successione in universum ius e coloro che invece lo considerano alla stregua di una peculiare modificazione dell'atto costitutivo».

La disposizione attuale, introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003, recita sugli «Effetti della fusione»: «La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione». Su tale diversa formulazione, taluni studiosi, seguiti dai precedenti sopra ricordati, hanno ritenuto di fondare la tesi della natura non estintiva della società incorporata o fusa in forza della fusione. Può rilevarsi sin d'ora come si è trattato, da un lato, della migliore individuazione e descrizione dei soggetti fusi o incorporati; dall'altro lato, della più esplicita precisazione che tutti i rapporti proseguono, sia sostanziali, sia processuali, in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione; resta il riferimento ai diritti ed obblighi assunti.

Orbene, la detta modifica letterale è alquanto anodina allo scopo di fondare una tesi così radicale, qual è quella della vita sempiterna della società incorporata o fusa, che permarrebbe ad aeternum nonostante la irreversibile riorganizzazione - materiale e giuridica - operata.

A ben vedere, poi, questa tesi potrebbe ritenersi in contrasto con lo stesso dettato letterale della nuova disposizione: che, se è vero abbia eliminato la parola «estinte», ha però, nel contempo, ed in modo assai meno equivoco, anche stabilito che tutti i rapporti, sia sostanziali, sia processuali, proseguono in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione: "proseguono", in quanto ne muta appunto il titolare, sebbene l'oggettivo rapporto resti il medesimo.

Ciò in piena coerenza, pertanto, con le varie forme di successione di un soggetto ad un altro come controparte contrattuale o nel singolo rapporto obbligatorio; mentre la «prosecuzione» dei rapporti processuali è disposizione del tutto coincidente con quella dell'art. 110 cod. proc. civ., il quale

prevede che il processo prosegue nei confronti del successore universale e che presuppone, tutto all'opposto, l'estinzione della parte originaria del processo. Insomma, è perfettamente condivisibile l'idea che l'espressione «proseguendo in tutti i rapporti» non autorizzi a ritenere che il soggetto incorporato non sia estinto; ed, anzi, in forza del diritto positivo, in particolare processuale, è proprio il contrario, laddove la norma del codice di rito sancisce che «il processo è proseguito» ad opera o nei confronti di chi ha assunto tutti i rapporti della parte venuta meno: il quale, nell'usuale linguaggio giuridico, viene denominato successore universale<sup>19</sup>.

Ma ancor più stridente, sul piano sistematico, è la conclusione della mancata estinzione e permanenza, come soggetto giuridico, della società incorporata, se si considera l'innovativa - questa sì - soluzione sancita nel contempo dall'art. 2495, comma 2, cod. civ., in caso di cancellazione della società dal registro delle imprese<sup>20</sup>.

Il punto qui di rilievo è questo: ovvero che, nel mentre la scelta del legislatore della riforma societaria è stata quella, drastica, dell'estinzione dell'ente dopo la cancellazione dal registro delle imprese ai sensi dell'art. 2495 cod. civ., per la fusione si pretenderebbe il contrario, quanto alla società incorporata o fusa, che pur abbia provveduto - a séguito dell'iscrizione dell'atto di fusione ai sensi dell'art. 2504 cod. civ. - alla cancellazione dal registro delle imprese. È singolare, anzi, che l'itinerario degli interpreti abbia seguito, al riguardo, un filo logico opposto a quello adoperato per la fusione: qui si passa, dalla ricostruzione giurisprudenziale di una permanenza in vita della società cancellata sino all'esaurimento di tutti i rapporti pendenti (allo scopo di risolvere le ardue questioni delle sopravvivenze e sopravvenienze attive e passive), alla smentita dal legislatore del 2003 con la nota

---

<sup>19</sup> È, altresì, singolare che di tale pretesa dirompente novità la legge delega o la Relazione alla riforma del diritto societario non facciano parola, né altro emerga dai lavori preparatori e dalle stesse riunioni della commissione ministeriale, incaricata della stesura dei decreti legislativi delegati, richiamandosi, piuttosto, nella Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il «rispetto dei vincoli di derivazione comunitaria».

<sup>20</sup> È la nota questione degli effetti della cancellazione: prima della riforma del 2003 ritenuta non costitutiva dell'estinzione, reputandosi la società in vita sino all'integrale estinzione di tutti i rapporti attivi e passivi; dopo la riforma, in espressa contrapposizione a quel "diritto vivente", voluta quale spartiacque definitivo tra la vita e la scomparsa della persona giuridica, che non può esistere dopo la cancellazione, ma si estingue definitivamente. Non è qui il luogo per indagare il tema della possibile applicazione dell'art. 2191 cod. civ., ove l'iscrizione della cancellazione fosse stata disposta, per avventura, al di fuori delle condizioni previste dalla legge o dell'effettivo esaurimento di tutti i rapporti giuridici.

frase «[f]erma restando l'estinzione della società», posta in esordio del secondo comma dell'art. 2495 cod. civ.; là, dalla natura estintiva della fusione, tratta dal testo originario dell'art. 2504-bis cod. civ., si sarebbe passati ad un effetto solo modificativo senza estinzione, sebbene la società fusa o incorporata sia stata cancellata dal registro delle imprese<sup>21</sup>.

Sarebbe, dunque, distonico con il sistema ordinamentale delle società escludere l'effetto estintivo, nonostante la nuova situazione del registro delle imprese, ed ipotizzare un'eccezione così radicale, come quella della permanenza in vita della società incorporata o fusa, dalle parole della nuova disposizione, non sorrette da nessun altro elemento di sistema.

La Suprema Corte fornisce poi ulteriori spunti. L'art. 2504, comma 2, cod. civ. dispone che l'atto di fusione debba essere depositato per l'iscrizione nell'ufficio del registro delle imprese di ciascuna delle società partecipanti alla fusione; gli effetti giuridici si producono dal momento dell'adempimento delle formalità pubblicitarie, concernenti il deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione previsto dalla norma, avente efficacia costitutiva.

Tuttavia, l'art. 2504, comma 3, cod. civ. stabilisce che il «deposito relativo alla società risultante dalla fusione o di quella incorporante non può precedere quelli relativi alle altre società partecipanti alla fusione»: ciò conferma, secondo logica giuridica, che il definitivo ente societario - sia quello preesistente in tal modo riorganizzato, sia il soggetto nuovo - non possa "convivere" con la perdurante personalità giuridica ed autonoma soggettività delle società fuse o incorporate, le quali debbono quindi, come struttura formale, estinguersi prima.

È vero che il momento di produzione degli effetti della fusione può non coincidere con la pubblicità dell'atto di fusione, atteso che può non esservi coincidenza, anche per volontà delle parti,

---

<sup>21</sup> È noto, inoltre, che l'effetto estintivo derivante dall'iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese si produce non soltanto quando essa segua al procedimento di scioglimento e liquidazione, ma anche quando alla cancellazione si pervenga per altre vie: come, ad esempio, quando la società non abbia depositato i bilanci per tre esercizi, ai sensi dell'art. 2490, comma 6, cod. civ., o, per le società partecipate pubbliche, dell'art. 20 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

fra il momento di espletamento della pubblicità di cui all'art. 2504, comma 2, cod. civ. e quello della produzione degli effetti della concentrazione.

Ciò, però, non vuol dire altro che, per volontà delle parti assecondata dalle disposizioni normative, l'estinzione della società incorporata sarà rinviata a quel momento<sup>22</sup>.

Appaiono anodine, ai fini in discorso, tutte quelle disposizioni dell'ordinamento positivo, che prevedono il subentro e la continuità dei rapporti a séguito delle operazioni di fusione per incorporazione: ciò, al pari di quanto esposto circa la scarsa significanza del regime di traslazione dei rapporti, enunciato dallo stesso art. 2504-bis cod. civ. Invero, nessun indizio contrario all'estinzione potrebbe rinvenirsi in quelle disposizioni sparse, dell'ordinamento positivo o del "diritto vivente", in cui si sancisce la prosecuzione di tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società incorporata, fusa o scissa.

Si tratta tuttavia di disposizioni speciali, rispetto al quadro generale disegnato dall'art. 2504-bis cod. civ., le quali palesano null'altro che la continuità nei rapporti giuridici: non certamente, invece, la contestuale sopravvivenza del loro originario titolare.

---

<sup>22</sup> È appena il caso di rilevare che la questione dell'assoggettabilità a fallimento della società incorporata o fusa (ma lo stesso ordine di concetti vale per la società interamente scissa) solo in parte interseca quella della sua esistenza: dal momento che ivi vige il disposto speciale dell'art. 10 I. fall., il quale, in perfetta equiparazione al debitore persona fisica, sancisce la fallibilità degli imprenditori, individuali come collettivi, alle condizioni che sia trascorso non oltre un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese e che l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla medesima o nel termine détto; la ratio generale di tale disposizione è nota, onde non necessita discornerne in questa sede. In tal modo, per quanto riguarda le società, può fallire un "ente" che non è più tale, entro un anno dall'evento estintivo. Si richiama il principio per cui «un fenomeno di riorganizzazione societario... come pure, più in generale, di modificazione della struttura conformativa del debitore, non può, come principio, realizzare una causa di sottrazione dell'impresa dalla soggezione alle procedure concorsuali»; ed il tema della soggezione della società fusa o scissa alle procedure concorsuali «non risulta propriamente attenersi al piano dell'organizzazione societaria dell'impresa... Attiene, piuttosto, al piano dell'operatività dell'impresa e dei suoi rapporti coi terzi, contraenti e creditori» (cfr. Cass. 21 febbraio 2020, n. 4737). Dunque, che la società possa essere assoggetta a fallimento dopo la fusione o la scissione, ancorché cancellata dal registro delle imprese, non è elemento normativo a favore della tesi della sua sopravvivenza alla cancellazione; se proprio se ne voglia trarre un indizio, è allora piuttosto elemento in senso contrario, atteso che solo una norma speciale come quella dell'art. 10 I. fall. ha potuto sancire un simile precetto. Ed al riguardo, si noti, si è stabilito il principio di diritto che, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio ex art. 15 I. fall., il ricorso per la dichiarazione di fallimento di una società già incorporata per fusione ed il relativo decreto di convocazione debbano essere notificati all'ente incorporante, che ne prosegue tutti i rapporti anche processuali anteriori alla fusione, pur conservando la suddetta società la propria identità per l'eventuale dichiarazione di fallimento (Cass. 11 agosto 2016, n. 17050; e v. Cass., 18 febbraio 2007, n. 2210).

Trattandosi di un'area armonizzata del diritto societario sul piano europeo, l'interprete nazionale non può che tenerne conto: il principio dell'interpretazione conforme comporta invero il dovere di scegliere, tra le diverse interpretazioni possibili di un enunciato del diritto interno, quella che sia maggiormente idonea ad allinearla al dettato della norma comunitaria, anche orientando la lettura della disciplina nazionale in modo che essa non conduca a scelte di fondo radicalmente differenti rispetto a quelle compiute in altri Stati membri. Ciò perché il fenomeno della fusione è unitario, onde la disciplina finale non può non essere omogenea, nelle sue linee essenziali e portanti, avendo una comune radice: sarebbe, invero, distonico sostenere in teoria (e gestire in pratica) effetti delle fusioni societarie diversi, a seconda che essi si producano nell'ordinamento italiano o in altri ordinamenti dell'Unione, come avverrebbe ove una società fosse esistente per il primo ed estinta per i secondi.

Dunque, indipendentemente dall'aver il legislatore interno del 2003 ripreso il dato testuale delle direttive comunitarie, queste esercitano il loro vincolo sull'interpretazione, alla stregua del principio secondo cui le norme interne devono essere interpretate conformemente al diritto comunitario, alla luce della sua lettera e finalità, per raggiungere il risultato previsto da questo.

In tal senso, vale appena ricordare, è la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, la quale afferma il reiterato principio secondo cui «dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, la quale non contenga alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini

della determinazione del proprio significato e della propria portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione europea, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione».

Orbene, iniziando dalla terza direttiva 78/855/CEE del consiglio del 9 ottobre 1978, relativa alle fusioni tra società per azioni, l'art. 3 definisce la fusione come «l'operazione con la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio

attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della o delle società incorporate di azioni della incorporante...»; l'art. 19 dispone: «La fusione produce ipso iure e simultaneamente i seguenti effetti: a) il trasferimento universale, tanto tra la società incorporata e la società incorporante quanto nei confronti dei terzi, dell'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata alla società incorporante; b) gli azionisti della società - incorporata divengono azionisti della società incorporante; c) la società incorporata si estingue». Compare dunque, a partire dalla III direttiva, sia l'effetto traslativo successorio, sia l'effetto estintivo per la società incorporata.

La direttiva 78/855/CEE è stata abrogata, a far data dal 10 luglio 2011, dalla direttiva 2011/35/UE del parlamento europeo e del consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni. Come risulta dal suo considerando 1, quest'ultima direttiva è intesa, per motivi di chiarezza e razionalizzazione, a procedere alla codificazione della direttiva 78/855, che era stata modificata più volte in modo sostanziale.

L'art. 19, par. 1, della direttiva 2011/35 riprende l'art. 19, par. 1, della direttiva 78/855 in termini identici. Così, anche l'art. 23 di tale direttiva, con riferimento alla fusione mediante costituzione di una nuova società, afferma che «le espressioni "società partecipanti alla fusione" o "società incorporata" indicano le società che si estinguono».

Tutto ciò, pur in presenza del caveat con riguardo ai concetti delle fonti sovranazionali, nonché del noto pragmatismo che impronta le relative decisioni - basti pensare al contenuto della sentenza Corte di giustizia 5 marzo 2015, C-343/13, cit., dove la Corte riconosce che la società incorporata si estingue dal punto di vista formale per effetto della fusione, tuttavia valorizzando lo scioglimento senza liquidazione e senza dissoluzione della realtà economica, al fine di affermare, a fini antielusivi, che la società incorporante non rimane uguale a sé stessa e che si verifica «la trasmissione, alla società incorporante, dell'obbligo di pagare l'ammenda inflitta con decisione definitiva successivamente a tale fusione per infrazioni al diritto del lavoro commesse dalla società

incorporata precedentemente alla fusione stessa» - fornisce dunque un imprescindibile dato interpretativo.

In conclusione, gli aspetti «sostanziali» della vicenda della fusione societaria - che si possono riassumere in quelli della concentrazione, della successione e dell'estinzione - non possono essere disgiunti da quelli «processuali»: occorre, infatti, stabilire una coerenza fra di essi, derivando peraltro i profili processuali dalla questione concreta che venga all'esame nel giudizio.

*a) Concentrazione.*

Non vi è dubbio che la fusione, dando vita ad una vicenda modificativa dell'atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano, determini un fenomeno di concentrazione giuridica ed economica (ve n'è traccia espressa nel diritto positivo: v. l'art. 5 l. 10 ottobre 1990, n. 287) o "integrazione" o "compenetrazione", dal quale consegue che i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa, siano imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante o la società risultante dalla fusione. L'operazione è connotata da irreversibilità, secondo il chiaro disposto dell'art. 2504-quater cod. civ., che vieta la pronuncia d'invalidità della fusione, una volta eseguite le iscrizioni ai sensi dell'art. 2504, comma 2, cod. civ. La fusione comporta un'ampissima riorganizzazione aziendale. Beni, persone e capitali vengono diversamente destinati, secondo il programma economico per tempo approfonditamente elaborato nel progetto di fusione, nessun elemento formale rimanendo uguale a sé stesso. Solo i soci mantengono tale veste (salvo il loro diritto di recesso): dal momento che essi divengono titolari di una quota del capitale della incorporante o della società risultante dalla fusione, secondo quel rapporto matematico e proporzionale che è il "rapporto di cambio", richiamato dall'art. 2501-ter cod. civ. Che la fusione sia inquadrabile tra le vicende modificative dell'atto costitutivo delle società partecipanti è senz'altro corretto, ma questo non è, tuttavia, l'unico effetto della fusione: il fatto che la (diversa) società, incorporante o risultante dalla fusione, assuma i diritti e gli obblighi delle società interessate sta in sé ad indicare che gli effetti sono certamente più pregnanti di quelli riconducibili ad una semplice modificazione dell'atto

costitutivo. Tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, vengono ormai imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante, e la società incorporata viene cancellata dal registro delle imprese.

*b) Estinzione.*

Onde, se tutti i rapporti passano ad altro soggetto, con cancellazione dal registro delle imprese, quello primigenio non li conserva, ma si estingue. Se, quanto ai rapporti giuridici, provvede l'art. 2504-bis cod. civ., chiarendo che essi proseguono tutti in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione, quale successore per legge esplicitamente identificato, si ha, nel contempo, che le persone fisiche (soci, esponenti aziendali, dipendenti) perdono il loro ruolo originario (derivando la loro sorte dal progetto di fusione) e le persone giuridiche - diverse dalla incorporante o risultante dalla fusione – si estinguono. Cessano, infatti, per la società incorporata, la sede sociale, la denominazione, gli organi amministrativi e di controllo, il capitale nominale, le azioni o quote che lo rappresentano, e così via; in una parola, la primigenia organizzazione si dissolve e nessuna situazione soggettiva residua.

Dunque, se nessuna posizione giuridica soggettiva residua in capo alla società incorporata, non ha significato affermare la permanenza di un soggetto, privo di rapporti o situazioni soggettive di sorta nella propria sfera giuridica, ivi compreso quello con chi lo rappresenta o determina; la sua permanenza nell'ambito dell'ordinamento giuridico, senza poter essere titolare di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, si ridurrebbe a quella di un'entità astratta.

Le società incorporate o fuse non restano, pertanto, soggetti del mercato, non le si vede ciononostante proporre cause civili o esservi convenute.

Se così non fosse, si potrebbe ad esempio giungere ad ammettere in giudizio una difesa duplice, ed anche contraddittoria, in relazione alle medesime posizioni soggettive, da parte dell'incorporata e dell'incorporante: come potrebbe ben accadere sul piano degli interessi sostanziali, visto che i soci della prima resterebbero, allora, quelli che tali erano al momento dell'atto di fusione, mentre i soci

dell'incorporante sarebbero anche altri e sempre variabili, potendo quindi rappresentare posizioni di interesse difformi rispetto ad uno stesso rapporto giuridico.

Non ha dunque pregio sostenere che, nonostante la completa "rivoluzione" o, come recitano le direttive, "dissoluzione" aziendale - con la chiusura o l'inglobamento di uffici o filiali, le riassegnazioni di personale, la cessazione dalla carica di tutti gli esponenti aziendali, l'annullamento delle azioni, la consegna di altre azioni secondo il rapporto di cambio, e molto altro - l'ente, come soggetto giuridico, permanga sul mercato e sia titolare di diritti ed obblighi.

Occorre, in definitiva, tenere distinto il profilo negoziale del contratto di società da quello giuridico-formale dell'originario soggetto di diritto dal primo scaturito, distinguendo tra la società come insieme di rapporti, che prosegue in una diversa organizzazione, dalla società come ente, che si estingue.

Come, al momento della stipulazione dell'atto costitutivo anche di società personale e, per le persone giuridiche, subordinatamente alla iscrizione della costituzione nel registro delle imprese, si distinguono - da un lato - il contratto di società concluso tra i soci fondatori, quale esercizio dell'autonomia negoziale privata ex art. 1322 cod. civ., che con lo statuto fissa e regola gli aspetti della futura comune intrapresa economica, e - dall'altro lato - la contestuale nascita di un nuovo soggetto di diritti, autonomo centro d'imputazione di tutti i rapporti attivi e passivi afferenti quella attività: così, specularmente, al momento della stipula dell'atto di fusione, iscritto nel registro delle imprese delle diverse società partecipanti e seguito dalla cancellazione dell'iscrizione delle società incorporate o fuse, i soci - da un lato - modificano l'originario contratto sociale mediante la delibera di fusione ed i successivi adempimenti, ma - dall'altro lato - provocano, nel contempo, la "scomparsa" dalla scena giuridica dell'originario soggetto di diritto, quale autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, ossia la sua estinzione.

Alla successione dei soggetti sul piano giuridico-formale si affianca, sul piano economico-sostanziale, una continuazione dell'originaria impresa e della sottostante organizzazione aziendale,

benché secondo nuovi assetti e piani industriali. L'estinzione riguarda solo la società incorporata, la quale non sopravvive quale *flatus*, ma si estingue; resta, invece, come soggetto giuridico l'incorporante, dal momento che la modificazione soggettiva attiene soltanto alla titolarità dei rapporti giuridici, che facevano capo alla prima.

Certamente quindi, sotto il profilo strutturale, la fusione si presenta come una modificazione degli statuti sociali delle società interessate, mediante le rispettive deliberazioni di approvazione del progetto di fusione (art. 2502 cod. civ.): destinate però ad apportare, all'originario regolamento di interessi fra i soci di ciascuna società fusa o incorporata, una innovazione decisamente radicale, posto che scompare quella "forma" di esercizio dell'impresa, a favore di altro involucro formale.

Occorre in definitiva concludere che, dal momento dell'iscrizione della cancellazione della società incorporata dal registro delle imprese, questa si estingue, quale evento uguale e contrario all'iscrizione della costituzione di cui all'art. 2330 cod. civ.; restano le persone fisiche - amministratori, sindaci, dipendenti, soci – che perdono, però, tale veste, ove non vengano riassorbiti nella società incorporante o risultante dalla fusione.

*c) Successione.*

Non si prospetta una mera vicenda modificativa, ricorrendo invece una vera e propria dissoluzione o estinzione giuridica, contestuale ad un fenomeno successorio.

La fusione realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione *mortis causa* e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati. La successione universale, come vicenda giuridica, ben si attaglia invero anche a quella fra enti, avente ad oggetto un patrimonio unitariamente considerato e non soltanto elementi che lo compongono.

La fusione non è, in sé, operazione che mira a concludere tutti i rapporti sociali (come la liquidazione), né unicamente a trasferirli ad altro soggetto con permanenza in vita del disponente (come il conferimento in società, la cessione dei crediti o dei debiti, la cessione di azienda, etc.), quanto a darvi prosecuzione, mediante il diverso assetto organizzativo: ma ciò non può essere sminuito ed artificiosamente ridotto ad una vicenda modificativa senza successione in senso proprio in quei rapporti. Riorganizzazione e concentrazione, da un lato, ed estinzione e successione, dall'altro lato, non sono concetti incompatibili ed antitetici. In sostanza, si verificano entrambi gli effetti, l'estinzione e la successione, senza distinzione sul piano cronologico, derivando entrambe dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2504 cod. civ. (salva la possibilità di stabilire una data diversa ex art. 2504-bis, commi 2 e 3, cod. civ.).

*d) Legittimazione processuale.*

Alla stregua di quanto esposto, la prosecuzione dei rapporti giuridici nel soggetto unificato fonda la legittimazione attiva dell'incorporante ad agire e proseguire nella tutela dei diritti e la sua legittimazione passiva a subire e difendersi avverso le pretese altrui, con riguardo ai rapporti originariamente facenti capo alla società incorporata; viceversa quest'ultima, non mantenendo la propria soggettività dopo l'avvenuta fusione e la cancellazione dal registro delle imprese, neppure vanta una propria autonoma legittimazione processuale attiva o passiva.

*e) Fusione in corso di causa.*

Le ragioni sottese al precedente orientamento furono, come si è visto, in primis quelle di evitare l'interruzione del processo, che è ripetutamente sembrato opportuno evitare, attese le peculiarità di una fusione societaria (cfr. Cass., sez. un., 17 settembre 2010, n. 19698; Cass., sez. un., 14 settembre 2010, n. 19509; e v. Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637): l'argomento di fondo è incentrato sugli interessi tutelati e l'assenza di pericolo per il diritto alla difesa nel processo.

Tali ragioni non possono essere disconosciute e ciò induce il Collegio ad una precisazione al riguardo.

In ragione del subentro omnicomprensivo in tutte le situazioni giuridiche attive e passive delle società, incorporate o fuse, da parte della società in esito della fusione, questa va assimilata alla successione universale fra persone fisiche. In via di principio, perciò, alla fusione, divenuta efficace in corso di causa, in mancanza di disposizioni derogatorie troverebbe applicazione il regime degli artt. 110 e 300 cod. proc. civ., con l'interruzione del processo e la sua prosecuzione dal successore universale o in suo confronto, previa riassunzione, quale fenomeno riconducibile al «venir meno» della parte, di cui all'art. 110 cod. proc. civ.

Tuttavia, in presenza di fusione sopraggiunta nel corso del giudizio, la dizione dell'art. 2504-bis cod. civ. - secondo cui in tutti i rapporti giuridici delle società incorporate «anche processuali» vi è una «prosecuzione» dell'incorporante - vale ad evitare ex lege l'interruzione stessa, dato che l'incorporata ne prosegue senza soluzione di continuità i rapporti, anche processuali.

In tal modo è dato leggere la modificazione operata nel 2003, al più limitato, ma opportuno fine di superare gli inconvenienti prodotti dall'interruzione del processo in caso di fusione di società, evitando l'applicazione dell'istituto, allora non congruente allo scopo. Onde, sul punto, il precedente orientamento che escludeva l'interruzione del processo va confermato con riguardo alla fusione delle società post riforma del 2003, dovendo in tal modo ricostruirsi il portato dell'art. 2504-bis cod. civ., attesa l'esigenza di ragionevole durata del processo e l'assenza della lesione di interessi di qualsiasi parte. Nel caso della fusione, dunque, è la legge stessa a disporre, mediante l'art. 2504-bis cod. civ., che il processo non debba essere interrotto: ma ciò non perché la società incorporata, fusa o scissa sia ancora esistente, ma semplicemente perché la incorporante, la società risultante dalla fusione o le società beneficiarie sono, di volta in volta, i soggetti divenuti titolari sia di quel rapporto sostanziale, sia del corrispondente c.d. rapporto processuale, ossia del giudizio che quello abbia ad oggetto. La ratio degli artt. 299 ss. cod. proc. civ. conferma tale ricostruzione: posto che, se l'istituto

dell'interruzione del processo mira a tutelare sia la parte colpita dall'evento interruttivo, sia la controparte, ai fini della migliore esplicazione del diritto di difesa di entrambe (art. 24 Cost.), tale esigenza non si avverte, o in ogni caso è ex lege recessiva, a fronte della superiore esigenza di continuità nei rapporti sostanziali e processuali, a fini di certezza. In tal modo, l'esclusione dell'interruzione del processo limita le conseguenze della fusione sul processo, dovendosi allora, ad onere della incorporante, provare soltanto tale sua qualità ai fini della legittimazione, ove intenda compiere atti processuali.

Le Sezioni Unite, in conclusione, enunciano quindi il seguente principio di diritto: *«La fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, avendo facoltà della società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai sensi dell'art. 105 cod. proc. civ., nel rispetto delle regole che lo disciplinano».*

## ***2. Il procedimento concessorio***

Il modo di atteggiarsi della relazione intercorrente fra soggetto pubblico e privato può essere messo in luce e, conseguentemente, analizzato a partire dallo studio della natura giuridica della concessione di gestione aeroportuale.

La disciplina relativa all'affidamento delle gestioni aeroportuali è disciplinata dall'art. 704 cod. nav. che regola il c.d. procedimento concessorio.

Esso prevede che alla concessione della gestione totale aeroportuale degli aeroporti e dei sistemi aeroportuali di rilevanza nazionale si provvede con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, con il Ministro della difesa.

Il provvedimento concessorio, nel limite massimo di durata di quaranta anni, è adottato, su proposta dell'ENAC, all'esito di selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, previa idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini

procedimentali fissati dall'ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l'aeroporto oggetto di concessione.

Alle procedure di gara sono ammesse a partecipare anche imprese straniere non comunitarie, a condizione che istituiscano in Italia una sede secondaria e lo Stato in cui esse hanno la sede principale ammetta imprese italiane a condizioni di reciprocità.

L'affidamento in concessione è subordinato alla sottoscrizione di una convenzione fra il gestore aeroportuale e l'ENAC, nel rispetto delle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. L'ENAC e il gestore aeroportuale stipulano altresì, entro sei mesi dalla conclusione del primo esercizio finanziario successivo all'affidamento in concessione, un contratto di programma che recepisce la vigente disciplina di regolazione aeroportuale emanata dal CIPE in materia di investimenti, corrispettivi e qualità, e quella recata dall'articolo 11-nonies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n.248.

La convenzione deve contenere il termine, almeno quadriennale, per la verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi - oggettivi e delle altre condizioni che hanno determinato il rilascio del titolo, compresa la rispondenza dell'effettivo sviluppo e della qualità del servizio reso agli operatori e agli utenti alle previsioni contenute nei piani di investimento di cui all'atto di concessione. Deve inoltre contenere le modalità di definizione ed approvazione dei programmi quadriennali di intervento, le sanzioni e le altre cause di decadenza o revoca della concessione, nonché le disposizioni necessarie alla regolazione ed alla vigilanza e controllo del settore.

Attualmente le concessioni continuano a essere rilasciate ai sensi dell'art. 7 del D.M. 521/1997 con modalità non concorrenziali, su semplice istanza presentata nei nove mesi dall'entrata in vigore del D.M., integrata, entro i successivi sei mesi, dalle società richiedenti, con una domanda corredata da un programma di intervento, comprensivo del piano degli investimenti e del piano economico – finanziario.

Dal testo normativo sorgono incertezze interpretative in merito alla natura della concessione di gestione aeroportuale con importanti risvolti sul piano del diritto positivo, anche in virtù della presenza della convenzione bilaterale finalizzata a dar assetto ai rapporti patrimoniali tra concedente e concessionario.

È da escludersi fin da ora una ricostruzione della concessione aeroportuale in chiave privatistica, volta a qualificare la concessione in termini di contratto di diritto privato, nella quale la controparte pubblica agisce in qualità di persona giuridica privata e in posizione equiordinata con la controparte privata. Secondo tale teoria il rapporto sarebbe assoggettato alle norme e ai principi civilistici sulle obbligazioni e i contratti, con devoluzione al giudice ordinario delle relative controversie. Tuttavia, una simile interpretazione non tiene in debita considerazione la valenza garantistica e funzionalizzante della disciplina di diritto pubblico ed è volta, piuttosto, a tutelare i diritti economici dell'affidatario, riconoscendo certezza, stabilità ed equilibrio economico al rapporto, con il conseguente incentivo degli operatori a collaborare con la pubblica amministrazione.

Stessa valutazione è da operarsi con riferimento alla opposta teoria, quella unilaterale-pubblicistica, che qualifica la concessione come atto amministrativo unilaterale e discrezionale, a fronte del quale il privato non ha diritti soggettivi pieni, ma vanta interessi legittimi, e il cui rapporto è modificabile e revocabile dall'amministrazione con atti imperativi. Il rapporto di diritto pubblico, soggetto a principi pubblicistici, investe interessi sottratti alla gestione meramente privatistica della pubblica amministrazione e nei quali assume rilevanza il trasferimento di compiti e funzioni amministrative alla controparte privata. L'intero rapporto si esaurisce, secondo questa teoria, nell'atto amministrativo unilaterale: la volontà del privato nella definizione del rapporto non trova spazio.

Entrambe le citate teorie non sono esplicative della natura giuridica della concessione di gestione totale aeroportuale. In questa, accanto al provvedimento con il quale si esercita il potere concessorio amministrativo, è possibile individuare una convenzione bilaterale finalizzata a dar assetto al rapporto patrimoniale tra concedente e concessionario. Inoltre, la posizione delle parti nel

rapporto concessorio non può essere considerata equiordinata e, anzi, all'amministrazione è da riconoscere una posizione di supremazia, non solo nella fase successiva all'emanazione del provvedimento amministrativo, come testimoniato dagli ampi poteri riconosciuti nella convenzione tipo, ma anche nella fase costitutiva del rapporto. L'esercizio del potere amministrativo è volto alla conservazione delle modalità organizzative del servizio pubblico come predeterminate dalla controparte pubblica e quindi alla salvaguardia dell'interesse pubblico sotteso.

Una visione intermedia fra le due impostazioni sopra richiamate è quella della concessione-contratto, nel quale l'ambito pubblicistico e quello privatistico vengono mantenuti nettamente separati, tramite la ricostruzione della concessione come un binomio di due atti distinti, ma correlati: il provvedimento concessorio rappresenta la fonte autoritativa, quindi pubblicistica, mentre il contratto, in genere di natura privata, accede al provvedimento amministrativo e regola i profili di contenuto patrimoniale, ed assume un ruolo attuativo, strumentale e accessorio. In forza di tale atto, da un lato, la pubblica amministrazione viene a trovarsi in una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra in quanto dispone, oltre che dei diritti e della facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore cui inerisce la concessione, dall'altro lato, il soggetto privato può divenire titolare di prerogative pubblicistiche proprio in base ad una concessione-contratto.

Entrambi gli atti, dunque, concorrono alla costituzione e regolazione del rapporto concessorio. Il contratto regola gli aspetti patrimoniali del rapporto mentre il provvedimento ha un contenuto regolamentare, volto a disciplinare il funzionamento e l'organizzazione del servizio e può contenere anche precetti originali, non contenuti nel contratto.

Nella concessione aeroportuale, invece, non è possibile attribuire alcun effetto regolativo al provvedimento concessorio, in quanto il rapporto è disciplinato in maniera (pressoché) completa dalla convenzione di gestione aeroportuale, predisposta secondo il disciplinare tipo di cui alla Circolare

ministeriale, e il provvedimento concessorio, si limita ad approvarne il contenuto e a darne esecuzione, potendo apportare alla stessa delle variazioni.

Ne consegue che la convenzione non assume un ruolo accessorio rispetto al provvedimento amministrativo, ma occupa un ruolo centrale nella regolamentazione e, altresì, nella costituzione del rapporto fra amministrazione e gestore.

Osta, inoltre, all'interpretazione della convenzione di gestione aeroportuale come contratto di diritto privato, il fatto che la logica negoziale risulta alterata dalla circostanza che il contenuto del rapporto concessorio sia preconfezionato dal soggetto pubblico e allegato ai capitolati di gara.

Sembrerebbe più corretto, allo stesso tempo, inquadrare la convenzione di gestione aeroportuale all'interno degli accordi amministrativi di cui all'art. 11, l. n. 241/90 s.m.i. Come osservato in una recente pronuncia giurisprudenziale, il provvedimento conclusivo del procedimento avviato per l'affidamento in concessione della gestione totale aeroportuale è senza alcun dubbio costituito dal decreto interministeriale, atteggiandosi la convenzione a mero atto infraprocedimentale, peraltro privo di autonoma efficacia.

Questo trova conferma nell'art. 20 del disciplinare tipo diffuso con circolare del Ministero dei trasporti e della navigazione, n. 12479 AC del 20 ottobre 1999, il quale recita "La presente convenzione, stipulata a conclusione dei procedimenti di affidamento della gestione, (...) è soggetta ad approvazione ministeriale ed è vincolante per l'E.N.A.C. a decorrere dalla data di approvazione, mentre vincola la concessionaria fin dal momento della sua sottoscrizione".

La convenzione non acquista efficacia in conseguenza della sola sottoscrizione, in quanto la produzione dei suoi effetti è subordinata al rilascio del successivo provvedimento ministeriale. Il provvedimento ministeriale, quindi, approva la convenzione ed è adottato su proposta dell'E.N.A.C., all'esito di selezione effettuata mediante procedura di gara ad evidenza pubblica. Il provvedimento interministeriale di concessione opererebbe unicamente un controllo di legittimità e di opportunità

(convenienza), su un atto, la convenzione, che ha acquisito nella fase procedimentale, un livello di compiutezza tale da potersi qualificare come una “proposta-decisione”, che necessita del provvedimento finale per assumere efficacia (condizione sospensiva).

Il decreto interministeriale quindi recepisce, approva e dà esecuzione a quanto contenuto nella convenzione di gestione aeroportuale. L'effetto traslativo del diritto potestativo sul bene discenderebbe dalla convenzione, ma solo dal momento della sua approvazione con decreto interministeriale, con la conseguenza che, nella sostanza, il soggetto concedente, non è il Ministro, ma l'E.N.A.C.

La convenzione può dunque essere ascritta al novero dei c.d. accordi “accessivi”, cioè di quegli accordi che intervengono tra pubblica amministrazione e privati allo scopo di disciplinare a livello negoziale il rapporto nascente dalla concessione; il contenuto del rapporto concessorio viene, pertanto, ad essere modellato, almeno tendenzialmente, dal consenso delle parti e non da una determinazione amministrativa unilaterale. La circolare ministeriale, come tale, assume sì una funzione interpretativa, priva di carattere vincolante, ma allo stesso tempo guida l'azione dell'apparato amministrativo al fine di garantirne l'uniforme applicazione.

Nel rapporto convenzionale che si viene a costituire, il potere pubblico rimane pur sempre funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico e la controparte pubblica mantiene un potere autoritativo, da intendersi come potere di gestire unilateralmente l'interesse pubblico e la volontà di addivenire alla sottoscrizione dell'accordo come quella di recedere dallo stesso sono soggetti ai noti principi dell'agire amministrativo, cioè quelli di vincolatività nel fine, ragionevolezza, imparzialità, proporzionalità e giustiziabilità, quindi non sono espressione della sua capacità di diritto privato.

All'amministrazione vengono riconosciuti altri poteri connessi all'inadempimento della controparte privata. Tra questi vanno annoverati quelli di risoluzione (cioè decadenza) e sospensione, i quali, tuttavia, non vengono riconosciuti in via generale alla amministrazione, ma possono essere esercitati solo nei casi previsti dalla legge o dalla concessione.

L'Ente pubblico può, con provvedimento motivato, disporre la revoca della concessione nei casi previsti dal codice della navigazione, nell'ipotesi di gravi ovvero reiterate violazioni della disciplina relativa alla sicurezza, in caso di mancata presentazione del Piano regolatore generale di aeroporto nei termini indicati, di mancato ed immotivato rispetto del programma di intervento e del piano degli investimenti, o di grave e immotivato ritardo nell'attuazione degli stessi o al verificarsi di eventi da cui risulti che la concessionaria non si trova più nella capacità di gestire l'aeroporto.

Contestualmente alla revoca l'E.N.A.C. nomina un commissario per la gestione operativa dell'aeroporto.

In caso di esercizio del potere di revoca, l'E.N.A.C. si reimmette di diritto nei beni oggetto della concessione, rilevando anticipatamente anche le opere e gli impianti realizzati dalla concessionaria. Per gli interventi effettuati in autofinanziamento dalla concessionaria, l'Ente corrisponde un indennizzo da liquidare secondo i criteri stabiliti dall'art. 42 c.nav., cioè pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato; in ogni caso l'indennizzo non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti.

*2.1 Il regime di cui all'art. 704 cod. nav. e le soglie minime di partecipazione pubblica ai sensi del D.M. n. 521 del 1997*

Il nuovo codice della navigazione prevede che il rilascio della concessione di gestione totale aeroportuale avvenga mediante gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, superando così (almeno per il futuro) affidamenti diretti operati in virtù di leggi speciali o ex d.m. n.521/1997, ai quali è sottesa una scelta discrezionale del concessionario (intuitu personae).

Le concessioni di servizio non registrano allo stato attuale, alcuna disciplina comunitaria, in quanto escluse espressamente dall'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici. Tuttavia, le istituzioni comunitarie si sono adoperate sia per definire la nozione di concessione di

servizio sia per chiarire quali sono le disposizioni ad esso applicabili per evitare meccanismi elusivi del più gravoso procedimento che governa il rilascio di un contratto di appalto pubblico.

In particolare, la Commissione europea nella comunicazione interpretativa del 12 Aprile 2000 ha chiarito che alle concessioni, come ad ogni altro atto dello Stato (contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche o abbia per oggetto la fornitura di beni, si applicano le norme del Trattato UE e i principi sanciti in materia dalla giurisprudenza della Corte. La concessione viene definita quale atto dello Stato per mezzo del quale l'autorità pubblica affida a un soggetto (con un atto unilaterale o contrattuale) la gestione totale o parziale di servizi, configurabili quali prestazioni di attività economiche, che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione.

La nozione di concessione adottata a livello sovranazionale può differire da quella adottata degli ordinamenti nazionali, questo perché l'Unione europea opera secondo un intento finalistico volto a tutelare i principi dell'ordinamento comunitario e pertanto adotta locuzioni che possano essere valide per tutti gli ordinamenti nazionali. Affinché la concessione di gestione aeroportuale assuma rilevanza nel contesto comunitario e sia pertanto assoggettata alle norme e ai principi del Trattato e a quelli elaborati dalla giurisprudenza della Corte deve essere riconducibile ad un atto dello Stato, avere ad oggetto la prestazione di attività economiche nonché spostare il rischio di gestione dalla pubblica amministrazione al concessionario.

Quanto al primo punto non pare possa nutrirsi alcun dubbio, dal momento che la concessione di gestione aeroportuale viene affidata tramite decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, con il Ministro della difesa. Quanto all'oggetto della concessione, si è già messo in luce nel paragrafo precedente, che l'attività di gestione ed esercizio di aeroporti costituisce una attività economica e perciò assume rilevanza anche ai fini della disciplina sulla

concorrenza. Si osserva che la Commissione ha elaborato la nozione di concessione di servizi, muovendo dalla definizione di concessione di lavori, appalto di lavori e appalto di servizi, presenti nelle direttive relative agli appalti pubblici (Direttiva 93/37/CEE e Direttiva 92/50/CEE).

Dall'analisi del testo normativo, l'elemento distintivo tra l'istituto dell'appalto e della concessione viene riposto non in un'ottica giuridico-formale, ma piuttosto in chiave economica, cioè in base al concetto di rischio economico connesso alla gestione del servizio. Così mentre nel contratto d'appalto la controprestazione consiste nel pagamento di un prezzo da parte della amministrazione aggiudicatrice, nella concessione (sia di servizi che di lavori) consiste nel diritto di gestione o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

L'istituto concessorio determina quindi un trasferimento del rischio di gestione in capo al concessionario che dipende strettamente dai proventi che il concessionario riesce a trarre dagli utenti. L'alea che contraddistingue la concessione sotto il profilo dell'accollo delle responsabilità di gestione, tecniche e finanziarie, è «(...) qualcosa di più e di diverso rispetto alla normale alea dell'imprenditore che per conseguire l'utile sperato deve saper organizzare in modo adeguato i propri mezzi di produzione e rientrare nelle previsioni economiche che ha formulato in sede di offerta» essendo piuttosto legata all'aspetto finanziario dell'operazione, quindi al rischio di domanda.

Pertanto, l'aspetto della remunerazione, che deve pervenire in via ordinaria direttamente dagli utenti, costituisce un indice rivelatore dell'assunzione del rischio economico da parte del concessionario, tuttavia, non è di per sé sufficiente né determinante al fine di ricondurre il rapporto nell'ambito della concessione. Infatti, è prevista la possibilità, in via eccezionale, del pagamento di un prezzo da parte dell'amministrazione nel caso si voglia garantire l'applicazione di prezzi sociali (cioè prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile dell'impresa) tali per cui non si consente al concessionario di percepire una adeguata remunerazione dall'attività svolta ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla

qualità del servizio da prestare. Tuttavia, affinché il rapporto non muti in quello dell'appalto occorre che il rischio di gestione permanga sulla controparte.

Con riferimento alla gestione aeroportuale, da un'analisi del contenuto della convenzione tipo, pare che il rischio di gestione gravi sul concessionario, i cui proventi sono costituiti dai diritti per l'uso degli aeroporti, la tassa di imbarco e sbarco sulle merci trasportate per via aerea e le entrate derivanti dall'esercizio dell'attività aeroportuale, diretta o indiretta, nonché dalla utilizzazione di aree del sedime aeroportuale e dal loro sfruttamento economico da parte di terzi.

Dalle considerazioni svolte è possibile affermare che la concessione di gestione aeroportuale ricade nell'ambito di applicazione delle disposizioni relative al divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 18, par. 1, ex art. 12, par. 1), alla libera circolazione delle merci (articoli da 34 a 36, ex articoli da 28 a 30), al diritto di stabilimento (articoli da 49 a 54, ex articoli da 43 a 48), alla libera prestazione dei servizi (articoli da 56 a 62, ex articoli da 49 a 55), nonché in quelle relative alle imprese pubbliche e imprese incaricate di servizi di interesse generale (art. 106, ex art. 86) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Inoltre, trovano applicazione i principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte, in particolare i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Dal principio di parità di trattamento discende non solo il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità o su altri criteri distintivi, ma anche l'obbligo di ottemperare al principio di messa in concorrenza, poiché tale principio fondamentale esige non soltanto la fissazione di condizioni di accesso non discriminatorie all'attività economica, ma altresì che le autorità pubbliche adottino ogni misura atta a garantire l'esercizio di tale attività. L'amministrazione aggiudicatrice è libera di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata (non vi è il vincolo di ricorrere alla pubblica gara), in particolare in funzione delle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura. Tuttavia, ciò implica

che la scelta del candidato, o dei candidati, deve essere operata in base a criteri obiettivi e che la procedura deve svolgersi nel rispetto delle regole procedurali e dei requisiti fondamentali così come inizialmente stabiliti. Qualora tali regole non siano state fissate, l'applicazione del principio di parità di trattamento esige comunque che la scelta dei candidati avvenga in maniera obiettiva.

L'obbligo di trasparenza, desumibile dal principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, può essere garantito con ogni mezzo appropriato, compresa la pubblicazione, in funzione e per tenere conto delle specificità del settore in questione. L'obbligo di pubblicità per il concedente di rendere nota la sua intenzione di ricorrere a tale forma di partenariato pubblico-privato, diviene fondamentale per un'effettiva apertura alla concorrenza, poiché consente ai potenziali concessionari di valutare il loro interesse a partecipare o meno alla procedura. A tal fine, dunque, il committente pubblico dovrà rendere note alcune informazioni quali l'indicazione dei criteri di selezione (relativi cioè alla qualificazione dell'offerente) ed attribuzione (di valutazione dell'offerta), l'oggetto della concessione nonché la natura ed estensione delle prestazioni attese dal concessionario.

Il principio di proporzionalità esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti; pertanto, lo Stato non deve fissare requisiti professionali, tecnici o finanziari sproporzionati od eccessivi rispetto all'oggetto della concessione.

Inoltre, il suddetto principio richiede che la concorrenza si concili con l'equilibrio finanziario, pertanto, la durata della concessione deve essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione.

Infine, il principio di mutuo riconoscimento implica che lo Stato membro in cui la prestazione è fornita sia tenuto ad accettare le specifiche tecniche, i controlli nonché i titoli, i certificati e le qualifiche prescritti in un altro Stato membro, nella misura in cui essi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione. Così in ottemperanza

a tale principio, l'art. 704 c.nav. ammette a partecipare alle procedure di gara anche le imprese straniere non comunitarie, a condizione che istituiscano in Italia una sede secondaria e lo Stato in cui esse hanno la sede principale ammetta imprese italiane a condizioni di reciprocità.

Dai sopra menzionati principi discende pertanto che la scelta del concessionario della gestione totale aeroportuale deve avvenire nel rispetto della c.d. evidenza pubblica comunitaria, intendendosi con tale termine far riferimento all'insieme dei principi di origine sovranazionale volti a proteggere l'interesse dei potenziali contraenti a partecipare alla procedura di selezione in condizioni di par condicio e di trasparenza, affinché sia salvaguardato il rispetto delle libertà comunitarie.

Tali conclusioni valgono anche nel caso in cui si voglia qualificare la concessione di gestione totale aeroportuale come concessione di bene pubblico, in quanto i principi di derivazione comunitaria risultano applicabili anche in questo caso. L'indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto nella circostanza che, con la concessione di bene, si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Lo Stato non può quindi mantenere in vigore norme che consentono l'attribuzione di concessioni di servizi senza il previo esperimento di procedure para concorsuali poiché queste non sarebbero conformi al disposto di cui agli artt. 43 e 49 TCE. Da tali principi possono essere espresse anche delle considerazioni sulla proroga delle concessioni. Il rinnovo automatico di concessioni scadute (anche se giustificate dall'ammortamento delle spese sostenute) è del tutto contrario ai principi comunitari, in particolare con quelli di parità di trattamento e di concorrenza, perché impedisce l'entrata di nuovi operatori sul mercato, sedimentando posizioni pregresse.

Ne consegue che anche il diritto di preferenza del vecchio concessionario (c.d. diritto di insistenza) cioè l'interesse del precedente concessionario ad essere preferito rispetto ad altri aspiranti alla concessione, oggi non è più legittimo.

Infatti, di recente l'Italia è stata soggetta ad una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea (n. 2008/4908) per il mancato adeguamento della normativa nazionale in materia di concessioni demaniali marittime ai contenuti previsti dalla "direttiva servizi" 123/2006/CE (c.d. direttiva Bolkenstein). In particolare, è stato evidenziato che la preferenza accordata dall'art. 37 del codice della navigazione al concessionario uscente, oltre ad essere contraria all'art. 43 del Trattato è altresì in contrasto con l'art. 12 della "direttiva servizi". Sulla base di ciò è stato modificato l'art. 37 c.nav., rimarcando ancora una volta la necessità della gara nonché l'eliminazione di ogni vantaggio in capo al concessionario uscente, in quanto ogni forma di preferenza costituisce di fatto un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori sul mercato.

A livello nazionale il codice dei contratti pubblici, in armonia con le direttive comunitarie, prevede che le disposizioni in esso contenute non si applichino alle concessioni di servizi, fatto salvo quanto disposto dall'art. 30. Quest'ultimo prevede che la scelta del concessionario avvenga nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità nonché dei principi generali relativi ai contratti pubblici, cioè dei principi di garanzia della qualità delle prestazioni, tempestività, correttezza, economicità e efficacia, di cui gli ultimi due costituiscono a loro volta specificazione del generale principio di efficienza.

Quanto alla procedura da seguire per la scelta del concessionario, il Codice richiede l'esperimento di una previa gara informale che costituisce tuttavia soltanto una tutela minimale dal momento che vengono fatte salve le discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza. Tra quest'ultime va annoverata la disciplina relativa al rilascio della concessione

di gestione aeroportuale di cui all'art. 704 c.nav. che richiede l'esperimento di una procedura di gara ad evidenza pubblica, secondo la normativa comunitaria.

La procedura di gara ad evidenza pubblica è da considerarsi infatti come una procedura di aggiudicazione più garantista della concorrenza rispetto ad una gara informale.

Quest'ultimo meccanismo di selezione, talvolta definito anche come gara ufficiosa, non trova una espressa definizione nel nostro ordinamento giuridico, tuttavia, può essere definito come quel procedimento attraverso il quale l'ente appaltante non tratta con un unico soggetto, ma invita determinate ditte a proporre le offerte e, sulla base di criteri obiettivi predeterminati (quindi applicabili ugualmente a tutti gli offerenti), giunge poi all'individuazione dell'aggiudicatario. La gara si definisce informale perché le regole che la governano non sono stabilite preventivamente dal legislatore bensì dalla stessa amministrazione che si autolimita spontaneamente fissando le norme di azione che le consentono una valutazione comparativa delle offerte e quindi un confronto concorrenziale tra i partecipanti.

La pubblica amministrazione gode dunque di una amplissima discrezionalità nella scelta delle ditte da invitare alla gara informale, nella fissazione dei criteri selettivi e più in generale è libera di adottare le regole procedurali che ritiene più congrue (e perfino di predisporre di analoghe a quelle dell'evidenza pubblica), nel rispetto pur tuttavia di alcuni requisiti minimi di garanzia (di origine comunitaria e costituzionale).

La gara informale rappresenta pertanto una procedura ad evidenza pubblica "depotenziata", strutturalmente simile alla procedura negoziata di cui al codice dei contratti pubblici, la cui disciplina non è tuttavia richiamabile ed applicabile alle concessioni di servizio (art. 30, c. 1), poiché queste sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione del Codice.

Con il termine "procedura di gara ad evidenza pubblica" si fa riferimento, invece, ad una particolare procedura di conclusione di un contratto, caratterizzata da due procedimenti: uno è relativo

alla formazione della volontà contrattuale ed è disciplinato con alcune varianti, dalle norme di diritto privato, e l'altro è un procedimento amministrativo che si sviluppa tra la pubblica amministrazione e un'autorità di controllo. La procedura ad evidenza pubblica si caratterizza per la presenza di un procedimento amministrativo volto a rendere intelligibile verso l'esterno della pubblica amministrazione il processo volitivo che ha condotto all'aggiudicazione del contratto, a palesarne le ragioni di interesse pubblico che ne sono alla base, nonché a consentire il controllo dell'iter amministrativo seguito. La scelta del contraente della P.A. è pertanto sottoposta a determinate regole procedurali volte a garantire il rispetto dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità.

L'evidenza pubblica è perciò posta in via immediata a tutela dell'interesse amministrativo alla scelta del miglior contratto e del contraente più in grado di assicurare un ottimale rapporto tra qualità del servizio ed economicità (c.d. principio di concorsualità).

Tuttavia essa per effetto dell'introduzione del principio e delle regole di libera concorrenza, sanciti dal Trattato CE e dalla normativa comunitaria derivata recepita nel nostro ordinamento, ha subito una metamorfosi: non tutela più soltanto l'interesse pubblico, finanziario e amministrativo della pubblica amministrazione e non risponde più esclusivamente al principio di legalità, bensì è volta anche a garantire la libertà di circolazione dei beni e dei servizi nel mercato interno e la libera concorrenza in ambito europeo.

Il libero mercato assicura il perseguimento dell'interesse pubblico, poiché la concorrenza effettiva tende a contenere i prezzi dei contratti e ad aumentare la qualità delle prestazioni offerte, nonché la soddisfazione delle aspettative e dei diritti delle imprese. Queste possono trovare tutela, in caso di esclusione dalla partecipazione alle gare o nel caso risultino lese dall'aggiudicazione, non solo in sede giurisdizionale ma anche grazie all'operato dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Il sindacato (e quindi la protezione) degli interessi dei destinatari è reso possibile dall'obbligo gravante sulle Autorità di motivare gli atti adottati, quale principio generale sotteso alla tutela dei

diritti fondamentali. La procedura di gara ad evidenza pubblica si dimostra, in particolare, più rispettosa della concorrenza nonché più efficiente rispetto ad una gara informale, laddove il codice

dei contratti pubblici prevede una sorta di gerarchia nelle modalità di scelta del contraente, proprio al fine di limitare la discrezionalità della pubblica amministrazione.

Le procedure di evidenza pubblica di individuazione degli offerenti si dividono infatti in due grandi gruppi: quelli di tipo ordinario, nei quali la controparte dell'amministrazione non partecipa alla formazione del contenuto contrattuale e non è "scelta" ma individuata secondo criteri obiettivi, e quelli di tipo c.d. straordinario, adottabili cioè in presenza di determinate condizioni da considerarsi tassative, nei quali invece la controparte è scelta in modo ragionato dalla pubblica amministrazione e partecipa alla formazione del contenuto del contratto. Tra le prime si annoverano la procedura aperta e ristretta, mentre tra le seconde le procedure negoziate, con e senza la previa pubblicazione di un bando di gara, e il dialogo competitivo.

Il legislatore comunitario e nazionale vede con notevole sfavor il ricorso a quest'ultime procedure principalmente per due ragioni: da un lato, la pubblica amministrazione viene a trovarsi in una posizione di svantaggio a causa del maggior bagaglio informativo posseduto dalla controparte, e dall'altro, tali procedure hanno l'effetto di ridurre il gioco concorrenziale. Ragione per cui si richiede alla pubblica amministrazione di motivare le ragioni del loro utilizzo.

Pur non potendo analizzare in maniera esaustiva ciascuna di dette modalità, si osserva che la pubblica amministrazione utilizza tali procedure quando non riesce a definire uno schema di contratto compiuto e addivene perciò a negoziazioni con gli offerenti proprio al fine di definire (discrezionalmente) il contenuto della prestazione contrattuale in termini di condizioni tecniche, economiche e finanziarie.

Questi ultimi dispongono generalmente di maggiori informazioni sulle caratteristiche dell'oggetto del contratto e possono utilizzare tali informazioni in modo opportunistico (sia prima

che dopo la stipulazione del contratto), cioè possono avere un interesse a non rivelare determinate informazioni alla controparte pubblica, che viene a trovarsi così in una posizione di asimmetria informativa.

A ciò si aggiunga che l'assenza o quantomeno l'attenuazione dei vincoli procedurali (rispetto alle procedure ordinarie) aumentano le asimmetrie informative interne alla stessa pubblica amministrazione poiché i funzionari potrebbero assumere decisioni discrezionali scorrette o comunque contrastanti con l'interesse pubblico, ad es. nella scelta del contraente, nella determinazione del contenuto del contratto e, nel caso della procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando, già nella individuazione dei soggetti da invitare alla negoziazione. Con la conseguenza che la pubblica amministrazione dovrà sostenere maggiori costi per le attività di controllo e di applicazione delle sanzioni.

Ne consegue che in esse la pubblica amministrazione si trova maggiormente esposta al rischio di non addivenire alla scelta del contraente capace di offrire le migliori condizioni di mercato, poiché difetta di un bagaglio informativo adeguato. Tali asimmetrie informative possono impedire, restringere o falsare il gioco concorrenziale e condurre a fallimenti del mercato.

La pubblica amministrazione nelle procedure eccezionali è vista pertanto come un contraente debole, (possibilmente) incapace di perseguire l'interesse pubblico, ragione per cui il legislatore si preoccupa di limitare il ricorso a tali procedure solo in presenza di evenienze particolari, quantomeno per l'affidamento di contratti rientranti nell'ambito di applicazione del codice dei contratti, nonché per quegli altri contratti, come le concessioni di gestione aeroportuale, che espressamente ne facciano rinvio. Poiché come detto per le concessioni di servizi, l'unica procedura prevista è quella della gara informale che pare atteggiarsi come una trattativa privata informale per lo più priva di tutte quelle regole procedurali previste dal codice dei contratti al fine di contenere la discrezionalità della pubblica amministrazione.

### ***3 .La fusione siciliana di SAC s.p.a.: un caso recente.***

Va premesso che, come da statuto societario, la S.A.C. S.p.a. è una società per azioni a *controllo pubblico*, titolare della gestione dello scalo aeroportuale catanese come da autorizzazione rilasciata ai sensi dell'art. 17 della l. 135 del 23 maggio 1997 avente ad oggetto l'occupazione dei beni demaniali rientranti nel sedime aeroportuale.

In ordine alla compagine societaria dell'incorporanda, SO.A.CO. S.p.a., si mette in evidenza che il capitale sociale è posseduto per il 96, 15 % dalla S.A.C. S.p.a., la quale, per l'appunto è una società di capitali a controllo interamente pubblico nonché per il 3, 85% dal Comune di Comiso.

In data 28 febbraio 2022, il Consiglio di Amministrazione della S.A.C. S.p.a., società di gestione dell'Aeroporto di Catania ed il Consiglio di Amministrazione della SO.A.CO S.p.a., società di gestione dell'aeroporto di Comiso, hanno approvato il progetto di fusione per incorporazione della seconda nella prima, redatto secondo la procedura semplificata di cui agli artt. 2505 bis e ter c.c., tenuto conto che la società incorporante detenesse già il 96, 15 % delle azioni della società incorporata.

Il progetto di fusione, nell'ambito di un programma di ristrutturazione e semplificazione del Gruppo, è inquadrato in un piano di razionalizzazione strategico il cui obiettivo principale era quello di costituire un sistema di rete aeroportuale della Sicilia orientale in grado di attuare l'Hub del mediterraneo attraverso l'implementazione dell'offerta delle destinazioni nonché l'integrazione intermodale con sviluppo dei territori di riferimento, secondo una visione rivolta al 2050.

Secondo quanto ritenuto nel progetto, infatti, il sistema integrato del trasporto aereo consentirebbe la promozione di strategie a sostegno del comparto turistico e, dunque, l'affidamento della gestione dei due scali a una società più grande come la SAC S.p.a. genererebbe un modello di governance più efficiente, attraverso, ad esempio, un maggiore potere contrattuale, una sovrapposizione dei collegamenti, un'efficienza dei servizi e delle fasce orarie.

È chiaro, poi, che un'operazione di fusione consente di avvantaggiarsi dal punto di vista tributario nonché economico – finanziario, con riduzione notevole dei costi.

Trattandosi di società in pieno controllo pubblico, l'operazione di fusione non ha presentato in tal caso rilevanti problematicità, risolvendosi anche in tempi celeri. Il progetto non ha comportato neppure rilevanti modifiche statutarie.

Sul punto, si noti come lo statuto societario prevede che l'eventuale cessione di azioni da soci pubblici a soggetti privati possa avvenire unicamente per blocchi non inferiori al 30 % del capitale sociale e che in ogni caso essa debba essere soggetta, anche ove non importi la perdita del controllo pubblico, all'espletamento delle procedure previste dall'art. 2 commi 3 e 4 del decreto del Ministero dei Trasporti e della Navigazione n. 521 del 1997; si specifica che comunque l'ingresso in società di un socio privato è subordinato al rispetto del D.P.R. 16 settembre 1996 n. 533 recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali.

Lo statuto prevede poi un'interessante previsione: in ogni ipotesi in cui, per effetto di atti di circolazione di azioni o di sottoscrizione di aumenti di capitale, si realizzi la perdita del potere di controllo da parte degli enti pubblici, i rapporti tra i soci pubblici e privati sono regolati da appositi accordi da perfezionarsi al momento dell'ingresso del privato in modo da assicurare il corretto svolgimento del servizio nonché la permanente verifica della conformità dell'assetto societario all'interesse pubblico alla gestione del servizio, prevedendo anche cause di risoluzione o scioglimento del vincolo sociale.

In definitiva, la delibera del Comune di Comiso avente ad oggetto la fusione per incorporazione ha confermato la liceità dell'operazione, priva di interferenze in quanto il progetto, in estrema sintesi, avrebbe rispettato pienamente sia le norme statutarie quanto le previsioni di legge.

In effetti, il comma 1 dell'art. 20 del Decreto Legislativo 175/2016 stabilisce l'obbligo da parte delle amministrazioni pubbliche di procedere annualmente ad una analisi dell'assetto complessivo

delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano le condizioni di cui al comma 2, un piano di riassetto il cui oggetto sia la razionalizzazione, la fusione o la soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione della partecipazione, condizioni che nel caso di specie sono state ritenute sussistenti.

## PARTE III

### LA FUSIONE TRA *SO.GE.A.AL. S.P.A.* & *GEASAR S.P.A.*: QUESTIONI AL VAGLIO DELL'AUTORITÀ GIURISDIZIONALE

*Sommario: 1. La fusione tra GEASAR S.p.a. e SO.GE.A.AL. S.p.a.: premesse fattuali; 2.*

*La pronuncia del Tribunale di Cagliari, Sezione specializzata in materia di imprese, del 12/9/2023: questioni giuridiche; 2.1 I margini di applicabilità della norma imperativa portante: l'art.704 cod. nav.; 2.2 L'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale di cui al T.U.S.P.; 2.3. Il contrasto fra la delibera di fusione e le norme statutarie: la clausola di gradimento a favore del socio pubblico di maggioranza; 3. Considerazioni finali; il c.d. obbligo di motivazione analitica di cui all'art. 5 T.U.S.P. dopo la modifica della Legge n. 118/2022.*

\*\*\*

#### **1. La fusione tra GEASAR S.p.a. e SO.GE.A.AL. S.p.a.: premesse fattuali**

Le censure poste all'attenzione del Tribunale di Cagliari, sezione specializzata in materia di imprese, riguardano la fusione per incorporazione fra due società di gestione aeroportuale, la GEASAR s.p.a., assegnataria della concessione per la gestione dell'aeroporto di Olbia e la SO.GE.A.AL s.p.a., assegnataria della concessione per la gestione dell'aeroporto di Alghero.

Entrambe le società coinvolte si qualificano come “società miste” stante la compresenza di soci pubblici e privati nelle rispettive compagini.

Per ciò che concerne SO.GE.A.AL s.p.a., la quota di maggioranza è detenuta dal socio privato F2i Ligantia, mentre per GEASAR s.p.a. il socio privato di maggioranza è F2i Smeralda. Le restanti quote sono detenute da soggetti pubblici, quali la Regione Sardegna e le Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura.

Obiettivo della fusione, nell'intento delle due società, è quello di rafforzare il sistema aeroportuale della Sardegna Settentrionale, attraverso la creazione di un soggetto – la Nord Sardegna Aeroporti S.p.a. – che riunisca su di sé la gestione degli scali aeroportuali di Olbia e di Alghero.

In attuazione di tale proposito, le assemblee straordinarie di GEASAR s.p.a. e SO.GE.A.AL. s.p.a. hanno approvato un progetto di fusione che prevede l'incorporazione della seconda nella prima, con l'ulteriore previsione che l'incorporante GEASAR s.p.a. assuma la nuova denominazione di Nord Sardegna Aeroporti s.p.a.

Le conseguenze sono duplici: la concessione relativa all'aeroporto di Alghero, facente parte del patrimonio di SO.GE.A.AL. s.p.a., viene acquisita al patrimonio dell'incorporante GEASAR s.p.a. (rectius, della "Nord Sardegna Aeroporti") e, dunque, muta il partner privato di riferimento per tale concessione, non più F2i Ligantia bensì F2i Smeralda, socio di maggioranza di GEASAR s.p.a.

## **2. La pronuncia del Tribunale di Cagliari, Sezione specializzata in materia di imprese, del 12/9/2023: questioni giuridiche**

L'intervento del Tribunale di Cagliari, con riguardo all'operazione di fusione descritta, si rende necessario a seguito dell'atto di citazione presentato dalla Regione Autonoma della Sardegna, in qualità di socio di SO.GE.A.AL s.p.a., ai sensi dell'art. 2378 comma 1 c.c., con il quale impugna la delibera di approvazione del progetto di fusione per incorporazione di GEASAR S.p.a. in SO.GE.A.AL S.p.a. eccependone l'invalidità per violazione sia di norme imperative che statutarie, chiedendone, dunque, la sospensione dell'esecuzione poiché gravemente pregiudizievole.

Per effetto della fusione e del rapporto di cambio, infatti, la partecipazione della Regione Sardegna alla Nord Sardegna Aeroporti s.p.a. risulterebbe notevolmente diluita rispetto a quella precedentemente detenuta in SO.GE.A.AL. s.p.a., con la conseguente perdita del potere di incidere sulle scelte strategiche della nuova società (esattamente dal 23,06% al 2,93%).

La pretesa attorea veniva accolta in quanto il Tribunale di Cagliari, con ordinanza del 12 settembre 2023, ha sospeso gli effetti della delibera di approvazione del progetto di fusione assunta dall'assemblea straordinaria di SO.GE.A.A.L s.r.l.; il Tribunale ha ritenuto, infatti, che l'esecuzione della deliberazione avrebbe leso definitivamente l'interesse della Regione a condizionare la scelta del partner privato, così come previsto dallo statuto, rispetto, invece, al pregiudizio che subiranno con tale decisione le società resistenti atteso che la sospensione delle delibere non determina l'affondamento della progettata fusione ma è sol funzionale ad una più ampia valutazione nel merito della vicenda, anche alla luce della particolare complessità ed incertezza normativa.

Avverso l'ordinanza di sospensione degli effetti della delibera, le società SO.GE.A.AL. s.p.a. e GEASAR s.p.a. presentavano impugnazione, poi rigettata dal Tribunale di Cagliari con successiva ordinanza del 28 dicembre 2023, con conferma delle medesime motivazioni.

Le questioni sollevate dalla Regione possono essere distinte, secondo un criterio logico – strutturale, in due gruppi.

Un primo gruppo di contestazioni muove dal presupposto che il progetto di fusione, determinando l'acquisizione della concessione dell'aeroporto di Alghero nella società incorporante, violerebbe la disciplina delle concessioni aeroportuali e della circolazione delle partecipazioni pubbliche in società miste di capitali.

Segnatamente, secondo la prospettiva della ricorrente, la fusione violerebbe:

1. *l'art. 704 del Codice della Navigazione*, ai sensi del quale le concessioni aeroportuali possono essere assegnate solamente a seguito di procedura ad evidenza pubblica;

2. *gli artt. 10, comma 2, e 17, comma 1, del D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (recante Testo Unico delle Società Partecipate "TUSP") nonché l'art. 5, comma 9, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante il Codice degli Appalti previgente)* ai sensi delle quali norme le partecipazioni delle

società partecipate da enti pubblici possono essere oggetto di trasferimento solamente a seguito di procedure ad evidenza pubblica.

Un secondo gruppo di contestazioni, invece, attiene alla violazione di disposizioni di legge e di statuto che attribuirebbero al socio Regione particolari poteri e prerogative, che verrebbero eluse dalla fusione. Si tratta in particolare delle seguenti disposizioni:

3. *art. 8 dello Statuto di SO.GE.A.AL.* che consente la circolazione delle partecipazioni previo consenso della Regione;

4. *artt. 4 e 5 del D.M. 12 novembre 1997, n. 521 (Regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, con cui è stata disposta la costituzione di società di capitali per la gestione dei servizi e infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato)* che prevedono soglie minime di partecipazione pubblica.

\*

### 2.1 I margini di applicabilità della norma imperativa portante: l'art. 704 cod. nav.

Con la prima censura, la Regione ritiene che la fusione si porrebbe in contrasto con la norma dell'art. 704 C.N. che prescrive una “*selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica*” per l'assegnazione della concessione della gestione totale aeroportuale.

La prospettazione della Regione ritiene che mediante la fusione, la concessione dell'aeroporto di Alghero verrebbe attribuita, in assenza di gara, ad un nuovo soggetto (Nord Sardegna Aeroporti).

L'invalidità della delibera assembleare presuppone – nella prospettazione della ricorrente – che essa sia stata adottata in difformità dalla legge, ovvero in contrasto con una norma imperativa.

A detta dell'organo giudicante, la declaratoria di invalidità per violazione di *norma imperativa* presuppone un vizio che ricada sull'atto in sé (e che sia dunque l'atto ad essere

stigmatizzato dall'ordinamento in quanto persegue un risultato che l'ordinamento vuole impedire) e non sui possibili effetti scaturiti dalla sua esecuzione<sup>23</sup>.

L'articolo 704 del Codice della Navigazione, infatti, non vieta la fusione per incorporazione fra società di gestione aeroportuale, bensì l'assegnazione di una concessione senza previo espletamento di procedura ad evidenza pubblica (che, a ben vedere, costituisce solo uno dei molteplici esiti indiretti della fusione stessa).

La violazione dell'art. 704 C.N., dunque, non è diretta conseguenza della fusione, ma è solamente una tra le tante conseguenze indirette della fusione che, in astratto, possono entrare in contrasto con una norma imperativa.

D'altronde, se la fusione comporterà una violazione del regime concessorio, alle autorità preposte spetterà assumere le conseguenti determinazioni in punto di eventuale revoca della concessione, decisione che sarà eventualmente contestata davanti al giudice amministrativo<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Sul concetto di norma imperativa cfr. GIOVAGNOLI Roberto, *MANUALE DI DIRITTO CIVILE*, Parte VI, Il contratto – Sez. IV, *I rimedi*, II edizione, Ita Edizioni s.r.l., Torino, 2022, pp. 1431, 1432. Secondo la definizione comunemente accolta, la norma imperativa è quella norma inderogabile poste a tutela di un interesse pubblico o generale. Tuttavia, questa definizione tradizionale è stata di recente messa in discussione sotto diversi profili. In ordine al tratto dell'inderogabilità, si è obiettato che in casi sempre più frequenti, specie nelle ipotesi di nullità di protezione, vengono in rilievo norme caratterizzate da una inderogabilità relativa o unidirezionale cioè che non ammettono deroghe convenzionali che si traducono in un trattamento peggiore per una parte, la cui protezione la norma imperativa vuole comunque assicurare. Da ciò, si afferma che allora non è tanto l'inderogabilità il tratto della norma imperativa ma l'indisponibilità dell'interesse da essa protetto. Dunque, anche una norma diretta a proteggere un interesse particolare ma sottratta alla disponibilità delle parti sarebbe una norma imperativa (si pensi al c.d. ordine pubblico di protezione). Secondo invece altra prospettiva, la natura pubblica dell'interesse protetto non è sufficiente a qualificare la norma imperativa. Secondo altro orientamento, accolto alle volte dalla giurisprudenza, l'interesse protetto deve essere non settoriale ma di natura generale cioè riferito all'intera collettività per cui sarebbe imperativa solo la norma di ordine pubblico riferita alla tutela di valori fondamentali dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, questa impostazione, si espone al rischio di appiattire all'interno del comma primo dell'art. 1418 c.c. norme imperative e principi di ordine pubblico, operando una restrizione delle ipotesi di nullità dal momento che non tutte le norme imperative sono espressione di ordine pubblico e quindi la norma finirebbe per essere interpretata in termini di nullità di ogni contratto contrario all'ordine pubblico. Appare, dunque, preferibile la tesi secondo cui il connotato essenziale della norma imperativa è rappresentato, invece, dall'indisponibilità dell'interesse protetto, che può essere anche settoriale o che fa capo ad una sola delle parti del contratto, con la precisazione che la nullità virtuale non è conseguenza automatica della violazione della norma imperativa ma richiede una verifica di congruenza alla luce dello scopo perseguito dalla norma violata, tra la nullità del contratto e la realizzazione degli interessi regolati dalla norma.

<sup>24</sup> Le parti hanno del resto confermato che la richiesta di subingresso nella concessione è all'esame dell'autorità amministrativa che, allo stato, non ha ancora concesso l'autorizzazione prevista dall'art. 46 C.N. Indipendentemente dalla applicabilità al caso concreto di quella norma, contestata dalla Regione, è certo che sarà in quella sede che si giocherà la partita della traslazione della concessione senza gara dalla società incorporata a quella incorporante, fermo restando che ciò non potrà influire sulla decisione privatistica delle due società di fondersi tra di loro, fusione che non è vietata

Insomma, la libera scelta delle compagini sociali di creare un unico soggetto imprenditoriale non si pone in contrasto con la norma invocata dalla Regione, ma la sua esecuzione, di per sé lecita, può comportare la violazione di svariate norme imperative che non colorano di invalidità la fusione.

## 2.2.L'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale di cui al T.U.S.P.

La risposta del Tribunale è di segno negativo anche con riguardo all'applicabilità degli artt.10, comma 2 e 17 TUSP al caso di specie; la motivazione è fornita sulla base di un'interpretazione letterale e teleologica delle norme.

In realtà, il TUSPP non contiene una disciplina specifica ed autonoma delle operazioni straordinarie delle società a partecipazione pubblica fra le quali fare rientrare la fusione e pertanto varranno le regole previste dal libro V del Codice civile.

Tuttavia la fusione, come anticipato, viene espressamente menzionata come modalità di attuazione del processo di razionalizzazione previsto dall'art. 20 (Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche) ove al comma 1 del Tuspp si recita: “”Fermo quanto previsto dall'articolo 24, comma 1, le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti di cui al comma 2, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione.”

È dunque un mezzo che lo stesso legislatore prevede per dare attuazione alle azioni dei piani di razionalizzazione delle società pubbliche, che le Pubbliche Amministrazioni socie possono intraprendere.

---

dall'ordinamento e che, al più, potrebbe comportare un rischio per la società incorporante, consistente nella perdita di un bene (la concessione) già acquisito al patrimonio della incorporata.

La ricorrente lamenta la violazione dell'art. 5, comma 9, del Codice degli Appalti previgente e dell'art. 17, comma 11, del TUSP che consentono la costituzione di società miste per la gestione di servizi pubblici, a condizione che la "*scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica*" nonché dell'art. 10, comma 2, del TUSP2, che in caso di partecipazione mista, prescrive il "*rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione*" per la cessione delle partecipazioni.

Secondo la Regione, l'operazione straordinaria di fusione determinerebbe il "trasferimento" delle partecipazioni in Sogéal in favore di un terzo soggetto privato, ovvero F2I Smeralda, titolare del capitale di maggioranza di Geasar, senza previa procedura pubblica di selezione.

Obiettano le società resistenti che la disciplina richiamata dalla Regione non si attagli al caso di specie, atteso che l'operazione straordinaria congegnata in concreto non determina alcun fenomeno di trasferimento o alienazione di quote e che la selezione pubblica per la scelta del soggetto privato nelle società miste deve avvenire mediante solo nel momento in cui viene costituita la società e, contestualmente, affidato il servizio o la gestione.

Posto che, secondo l'orientamento giurisprudenziale confermato anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sopra analizzate, sotto un profilo tecnico e formalistico, non ricorre una ipotesi di trasferimento o alienazione della partecipazione nella società incorporata, la cui natura di investimento nel capitale viene in vero confermata e valorizzata, in una diversa forma, nella società incorporante, per effetto del fenomeno di integrazione e compenetrazione organizzativa ed economica tra le società coinvolte nella fusione, altresì vero che la fusione, determinando l'attribuzione alla società incorporante Geasar della gestione dell'aeroporto di Alghero, non rientra letteralmente nella previsione dell'art. 17 co. 1 TUSP, che, come evidenziano le società resistenti, presuppone la contestualità della scelta del socio e dell'attribuzione del servizio pubblico, vicenda che si è già verificata allorché venne costituita la Sogéal con contestuale selezione del socio F2I Ligantia e attribuzione della concessione aeroportuale totale.

Ciò precisato, ed escluso che ricorrano le ipotesi descritte dal TUSP in senso stretto, si deve muovere dalla considerazione che il Testo unico delle società partecipate non si occupa direttamente di regolare le operazioni straordinarie tra società partecipate, se non in alcune limitate ipotesi espressamente previste.

È poi noto che, secondo il principio generale di cui all'art. 1 comma 3 TUSP, in assenza di specifiche disposizioni, alle società partecipate si applica la disciplina generale codicistica.

La combinazione di questi due principi non porta tuttavia ad affermare semplicisticamente che ogni operazione non contemplata, tra cui quella di fusione, non possa essere assoggettata alla disciplina pubblicistica del TUSP e sia sorretta unicamente dalle regole di aggregazione societaria dettate dal codice civile<sup>25</sup>.

La regola della competitività è finalizzata ad assicurare il principio del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione ed è dunque un presidio della massimizzazione delle risorse pubbliche e del perseguimento del miglior risultato (economico, funzionale etc.). Ogni cessione di un bene pubblico deve avvenire alle migliori condizioni possibili.

Per quanto concerne gli effetti della fusione, come si è già accennato, essa determina la estinzione della società mista Sogeval, già partecipata dal socio privato F2I Ligantia con una quota di

---

<sup>25</sup> La più recente giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sentenze nn. 6142 del 1° settembre 2021 e 6213 del 6 settembre 2021), chiamata a delibare la legittimità di operazioni straordinarie coinvolgenti società partecipate, ha affermato il principio secondo cui l'applicabilità della disciplina del TUSP non è vincolata alla ricorrenza formalistica delle ipotesi ivi previste, ma richiede un accertamento sostanziale degli effetti dell'operazione straordinaria per verificare se tali effetti coincidono con le vicende previste e regolate dal TUSP. La complessa operazione esaminata dal giudice amministrativo è consistita, in sintesi, nel trasferimento da parte di una società privata di un ramo d'azienda in favore di una società a totale partecipazione pubblica in cambio dell'attribuzione di una partecipazione nella stessa società a totale partecipazione pubblica, con conseguente aumento di capitale e ingresso nella compagine di un soggetto terzo, senza selezione pubblica e con "diluizione" della quota di partecipazione pubblica.

In applicazione dei principi di trasparenza e non discriminazione non v'è infatti dubbio che l'apertura del capitale di una società a partecipazione pubblica affidataria di commesse pubbliche in regime di in-house providing debba avvenire mediante una procedura che garantisca, pur a valle dell'affidamento, l'esistenza di un confronto concorrenziale per il mercato. Tale lettura è stata ormai da tempo espressamente indicata dalla *Corte di giustizia nel caso Acoset*. In tale occasione, la Corte ritenne legittimo l'affidamento diretto a una società mista nella quale il socio privato fosse 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 rispettasse i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dai Trattati europei. In altri termini, nell'impostazione accolta dalla Corte, la fase di evidenza pubblica è preordinata non già alla selezione dell'affidatario, quanto del socio da inserire nella compagine sociale.

maggioranza, e la incorporazione di tutte le situazioni giuridiche ad essa riferibili nella Geasar, anch'essa società mista già partecipata dal socio privato di maggioranza F2I Smeralda. Conseguentemente, la concessione aeroportuale di Alghero verrà incamerata dalla società Geasar (sotto il nuovo nome di Nord Sardegna Trasporti), il cui socio privato di maggioranza diventerà F2I Smeralda, determinando in tal modo la costituzione di un unico soggetto titolare della gestione degli scali del Nord Sardegna. Sinteticamente, dunque, la concessione aeroportuale di Alghero transiterà da una società ad un'altra ed al contempo muterà il partner privato di riferimento, originariamente scelto mediante selezione pubblica.

Se tali sono gli effetti della fusione, ritiene il Tribunale che la criticità segnalata dalla Regione circa la assenza di una procedura ad evidenza pubblica non sembra sussistere nel caso concreto<sup>26</sup>.

Secondo le pronunce citate, la selezione pubblica del partner privato è necessaria o quando viene costituita la società a partecipazione mista, oppure quando la compagine pubblica venga aperta all'esterno anche attraverso operazioni straordinarie.

Si tratta insomma di tutte quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione opta per la gestione di un bene pubblico attraverso il partenariato pubblico-privato.

Quando invece ciò sia già avvenuto e dunque sia già stato individuato il soggetto privato con cui cooperare all'interno di una società per l'assegnazione di un contratto di appalto o della gestione di un servizio, ogni eventuale modifica soggettiva deve essere letta in funzione dell'effetto specifico che produce, muovendo dal principio generale che se è l'ente pubblico a cedere o dismettere sotto qualsiasi forma, anche tramite operazioni straordinarie, le proprie partecipazioni, esso sarà tenuto al

---

<sup>26</sup> Nei precedenti richiamati, il Consiglio di Stato, dopo avere osservato che “è l'allargamento della compagine sociale a soci privati o la creazione di una società nella quale coesistano soci pubblici e privati” a rendere applicabili i “vincoli stabiliti prettamente per le società c.d. miste”, ha precisato che quando una società partecipata progetti la fusione con una società privata “al fine di dare corretta attuazione al disposto dell'art. 17 T.U., il progetto di fusione deve esattamente indicare la società privata selezionata attraverso una procedura di evidenza pubblica – precisando, peraltro, i compiti operativi del socio privato – e predeterminare il rapporto di cambio in modo che al socio privato venga assegnata una quota di partecipazione non inferiore al 30% del nuovo capitale sociale della società derivante dalla fusione”.

rispetto dell'evidenza pubblica (art. 10 TUSP), mentre se è il privato a cedere le partecipazioni, non si può porre un problema di evidenza pubblica.

In altri termini, la decisione del soggetto privato di modificare l'assetto soggettivo della società partecipata non può essere condizionata alla evidenza pubblica poiché non si pone una questione di "miglior risultato economico" dell'operazione, atteso che l'effetto (positivo o negativo) dell'operazione si radica solo sul patrimonio del privato.

Tale conclusione non muta quando la modifica soggettiva provocata dal privato, mediante operazioni straordinarie, coinvolga anche la partecipazione pubblica per effetto delle operazioni di cambio o di aumento del capitale.

La sostituzione della partecipazione da Sogear in Geasar per effetto della fusione è avvenuta su volontà dei soci privati di maggioranza di entrambe le società (F21Ligantia e F21 Smeralda), che hanno approvato nelle rispettive assemblee il progetto di fusione con l'espresso dissenso del socio Regione. Dunque, nel caso in esame, non è la Regione a condurre l'operazione, ad assumere una decisione organizzativo-strategica di gestione societaria e a decidere di "alienare" le partecipazioni, subendo essa, al contrario, la decisione del socio privato di maggioranza.

In questo contesto, si deve ritenere che le operazioni straordinarie non possano andare soggette al TUSP. Tali vicende, infatti, sono la imprescindibile conseguenza di operazioni straordinarie realizzate da soggetti economici privati operanti nel mercato, non vietate dalla legge e strumento indispensabile della organizzazione societaria e della libertà di iniziativa economica.

Si osserva poi che in tali casi: a) il presidio dell'interesse pubblico alla corretta valorizzazione della partecipazione è assicurata dalle valutazioni della partecipazione in sede societaria; b) la riconducibilità della operazione al socio privato esclude qualsiasi frizione con il principio della imparzialità della pubblica amministrazione.

Parafrasando il Consiglio di Stato, l'assoggettamento al regime interamente privatistico (ex art. 1, comma 3 TU) o l'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale dipende, in concreto, dall'accertamento degli effetti sostanziali perseguiti e divisati. Effetti che, nel caso qui esaminato, determinando la conferma del modello di gestione mista e provocando solo una limitata diluizione della partecipazione pubblica di minoranza, non sono tali da imporre l'obbligo di attivare una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici dei settori interessati, non risultando pregiudicati i principi di buon andamento ed imparzialità dell'agire amministrativo.

Peraltro, anche ritenendo che il coinvolgimento della partecipazione pubblica richieda una procedura selettiva del soggetto economico, si è dell'opinione che, nel caso di specie, ricorrerebbe comunque l'ipotesi indicata dal Consiglio di Stato di "infungibilità" del progetto proposto. Come chiarito dalle società resistenti, la fusione è lo strumento per perseguire la scelta strategica di creare un unico gestore degli aeroporti del Nord Sardegna, con effetti positivi sotto i profili gestionali ed economici<sup>27</sup>.

### 2.3. Il contrasto fra la delibera di fusione e le norme statutarie: la clausola di gradimento a favore del socio pubblico di maggioranza

La Regione contesta la delibera di Sogeval per violazione della clausola prevista dall'art. 8 dello Statuto, ai sensi della quale nei primi tre anni il socio privato non può cedere la partecipazione, mentre successivamente "potrà liberamente effettuare atti di cessione a condizione che gli Enti pubblici che detengono la maggioranza del capitale pubblico, esprimano il loro preventivo gradimento".

---

<sup>27</sup> È intuitivo che la scelta strategica di fondere i due gestori aeroportuali degli unici due scali a rilevanza nazionale del Nord Sardegna non potrebbe comunque essere rimessa all'esito di una selezione del miglior offerente, stante l'assenza di altri aeroporti nell'area interessata e l'impossibilità di realizzare il medesimo progetto con altri operatori economici.

Si tratta di una previsione che, nel chiarire e confermare che il socio privato può cedere la partecipazione, non essendo vincolato all'investimento allo scadere del terzo anno, pone solamente una clausola di gradimento a favore del socio pubblico di maggioranza.

La connotazione pubblicistica della società mista Sogear, e la necessità che essa sia presidiata mediante la partecipazione pubblica al capitale sociale in una misura che non può essere inferiore al quinto, giustifica il potere pubblico di decidere sulle modifiche soggettive del partner privato.

Ad avviso del Tribunale, la previsione statutaria deve trovare applicazione nel caso concreto perché l'operazione di fusione, sempre esaminata sotto l'aspetto materiale e non formale, anche senza comportare un trasferimento diretto della partecipazione da F2I Ligantia a F2I Smeralda, determina sostanzialmente una modifica dal lato soggettivo del rapporto societario costituito per la gestione dell'aeroporto di Alghero, al quale rapporto non parteciperà più in veste di partner strategico privato la società F2I Ligantia, sostituita nel suo ruolo dalla società F2I Smeralda.

È vero, come osservano le resistenti, che le due società sono espressione della medesima proprietà, in quanto partecipate dal fondo istituzionale F2I. Tale considerazione, tuttavia, non è sufficiente ad elidere la previsione dello Statuto, atteso che formalmente si tratta di due società distinte i cui interessi possono essere contrapposti pur nell'ambito del controllo di un medesimo soggetto.

Dunque, la fusione, comportando la sostituzione del partner privato già individuato mediante selezione pubblica per la gestione dell'aeroporto di Alghero, necessita per la sua validità del previo gradimento degli enti pubblici che detengono la maggioranza del capitale pubblico, ovvero la Regione Autonoma della Sardegna.

La rilevanza del consenso della Regione sulla validità dell'operazione di fusione, inoltre, si percepisce anche muovendo *dall'art. 7 comma 7 TUSP*, il quale richiede una deliberazione dell'amministrazione per le vicende più significative della vita societaria delle società miste, aventi

ad oggetto la modifica significativa dell'oggetto sociale, la trasformazione, il trasferimento all'estero o la revoca dello stato di liquidazione.

Ad avviso del Tribunale, pur non espressamente prevista dalla norma richiamata, l'operazione di fusione congegnata determina una vicenda ben più radicale rispetto a quella di "trasformazione", consistendo in una operazione che determina direttamente la estinzione della società Sogear e la riorganizzazione dei suoi beni all'interno di un'altra società, provocando una rivoluzione dell'assetto organizzativo societario che non può prescindere dall'avallo dell'amministrazione pubblica di riferimento.

### **3. Considerazioni finali; il c.d. *obbligo di motivazione analitica* di cui all'art. 5 TUSP dopo la modifica della Legge n. 118/2022.**

In conclusione, poiché l'operazione di fusione, comportante una radicale trasformazione dell'assetto organizzativo societario anche sotto il profilo soggettivo non è assentita dal socio pubblico di maggioranza di SOGEAL, si deve ritenere che la deliberazione approvata in assemblea da SOGEAL contrasti con lo Statuto e, pertanto, sia invalida.

La pronuncia evidenzia le criticità connesse alle caratteristiche delle società a partecipazione pubblica in un settore – quello delle gestioni aeroportuali – in fortissima espansione, connotato da elevati livelli di tecnicismo, perennemente sospeso fra istanze lucrative di stampo imprenditoriale ed esigenze di garanzia del pubblico interesse.

Da un punto di vista sostanziale, la convivenza fra privato e Pubblica Amministrazione consente a quest'ultima di beneficiare di moduli organizzativi e gestionali efficaci; e di un patrimonio di conoscenze tecniche che comporta evidenti vantaggi per l'utenza finale e la collettività in generale.

Nondimeno, richiede un complesso e delicato bilanciamento fra logiche di mercato e interessi pubblici, in modo da scongiurare il rischio di una indiscriminata prevalenza delle prime a scapito dei secondi.

Si tratta di una dicotomia destinata a riflettersi anche sul versante giuridico: occorre stabilire, infatti, se le peculiarità delle società miste giustificano la sottrazione di alcune fattispecie alla disciplina del Codice civile, collocandole nell'alveo di altri corpi normativi. È il caso, come visto, delle operazioni straordinarie di società.

Tutte queste complessità emergono con chiarezza dal corpus dell'ordinanza e dal percorso argomentativo seguito dal Tribunale di Cagliari.

Per un verso, infatti, il giudice sembra riconoscere la completa autonomia della fusione rispetto alle vicende pubblicistiche che, a vario titolo, investono la vita delle società coinvolte.

Essa è operazione condotta da soggetti privati, secondo le regole del Codice civile, presuppone il voto favorevole delle relative assemblee e l'applicazione di un meccanismo – il rapporto di cambio – suscettibile di mutare gli assetti partecipativi dei soci (finanche del socio pubblico di maggioranza).

Non richiede il previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica, stante il mancato coinvolgimento di beni pubblici, né può essere censurata in cagione degli effetti indirettamente dispiegati sull'assegnazione della concessione.

La stessa declaratoria di invalidità della relativa delibera è condotta sulla stregua di una norma – l'art. 2377 c.c. – di matrice esclusivamente privatistica.

Per altro verso, tuttavia, il richiamo all'art. 7 comma 7 TUSP sembra introdurre un nuovo punto di vista: l'attuazione di operazioni strategiche, destinate ad avere un impatto significativo sulla vita della società, non può avvenire in assenza di benessere del socio pubblico.

Solo in questo modo è possibile il perseguimento dell'interesse pubblico ad esso affidato dalla legge e sotteso all'impiego dello strumento societario nelle attività di competenza della Pubblica Amministrazione.

Il riconoscimento di un *periculum in mora*, scaturente dall'esecuzione della delibera, risponde alla medesima logica e risolve il delicato conflitto fra gli interessi coinvolti.

Nel bilanciamento fra le istanze imprenditoriali di SO.GE.A.AL. e GEASAR – che intendono compiere una riorganizzazione dei propri assetti soggettivi attraverso la fusione – e quelle della Regione Sardegna al mantenimento dei propri poteri in un settore di forte interesse collettivo, la pronuncia dimostra di privilegiare la Regione.

Alcune considerazioni finali e aggiuntive.

L'art. 5 d. lgs. n. 175 del 2016, così come da ultimo modificato (con particolare riferimento ai commi "3" e "4") dall'art. 11, comma 1, lett. a), n. 3), L. 5 agosto 2022, n. 118, ha previsto che entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione dell'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta da parte di una pubblica amministrazione, la Corte dei conti deve emettere un "parere in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del – medesimo articolo 5 -, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa".

In caso di mancato pronunciamento nel detto termine, l'Amministrazione potrà procedere secondo quanto deliberato. Nell'ipotesi di emissione di parere in tutto o in parte negativo, invece, la PA, qualora intenda ugualmente procedere, è obbligata a fornire una motivazione rinforzata: dovrà esporre in modo analitico le ragioni, dandone pubblicità sul proprio sito istituzionale. La novella ha posto numerosi dubbi interpretativi che in parte sono stati risolti da due pronunce delle Sezioni riunite in sede di controllo.

In termini generali, questa deliberazione osserva innanzi tutto quanto segue<sup>28</sup>: l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase

---

<sup>28</sup> Deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/2022.

di creazione di un nuovo soggetto di diritto sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari, tra quelli ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica (Corte di Cassazione ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché Corte di Cassazione sentenza n.30167/2011. Tale distinzione costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza sia della Corte di Cassazione (Corte di Cassazione ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché Corte di Cassazione sentenza n. 30167/2011) sia del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7030/2018), rappresentando anche il punto di confine tra le due giurisdizioni, essendo rimesso al giudice amministrativo il controllo giudiziale della prima fase, mentre quello sulla seconda, avente ad oggetto l'attuazione privatistica, alla giurisdizione ordinaria.

La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili. In primo luogo, l'atto deliberativo assume rilevanza sul piano del diritto privato (Corte cost. n. 227/2020); si pensi al riguardo alle conseguenze che la mancanza o l'invalidità dell'atto amministrativo deliberativo produce in termini di nullità ex art. 2332 c.c. della società neocostituita, ove esso riguardi una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale (art. 7, c. 6, TUSP), ovvero in termini di inefficacia del contratto di acquisto delle partecipazioni (art. 8, c. 2, TUSP).

Per altro verso, l'intervento pubblico in una realtà societaria rischia di alterare il meccanismo concorrenziale del mercato (Corte costituzionale sentenza n. 251/2016) e si riverbera sulla finanza pubblica, impegnando risorse derivanti dal bilancio dell'Amministrazione. In questa prospettiva, gli

interventi del legislatore in materia di società partecipate si inquadrano nel novero delle politiche di spending review, con un chiaro intento di assicurare una più efficiente gestione e razionalizzazione delle partecipazioni al fine di una riduzione del loro costo per i bilanci pubblici (Corte costituzionale sentenza n. 194/2020). Il TUSP, infatti, punta a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso alle partecipazioni pubbliche, con inefficienze gestionali gravanti, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti (Corte costituzionale n. 86/2022)".

L'art. 5, comma 3, ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'Amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a:

a) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo TUSP);

b) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;

c) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;

d) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Inoltre, la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli articoli 4, 7 e 8 del TUSP, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. L'impianto normativo (...) evidenzia, in primo luogo, come grava sull'Amministrazione procedente l'onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di costituzione della società (o di acquisto di una partecipazione) e nei relativi allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi.

Ove l'Amministrazione, sotto la propria responsabilità, abbia già proceduto alla stipula del negozio di costituzione societaria o di acquisto della partecipazione, la verifica della Corte dei conti prosegue nell'esercizio delle altre funzioni di controllo ad essa attribuite dall'ordinamento.

La verifica della Corte dei conti interviene, pertanto, su un provvedimento già perfetto, che, per poter essere eseguito, mediante la stipula dell'atto negoziale di costituzione o di acquisto, necessita del vaglio positivo della magistratura contabile ovvero del decorso infruttuoso del termine assegnato.

L'invio di un provvedimento di acquisizione di partecipazione societaria già eseguito (con la stipula del negozio civilistico di costituzione) non consente l'esercizio dei poteri di verifica, da parte della Corte dei conti, secondo la procedura ed i tempi prescritti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, né l'esito di questi ultimi può sfociare, in caso di valutazione negativa, nell'onere per l'Amministrazione di motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere, avendo quest'ultima già stipulato il negozio di costituzione; l'esame degli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie, da parte della Corte dei conti, potrà comunque essere oggetto dell'esercizio delle altre funzioni di controllo attribuite dalla legge, in primo luogo quella vertente sugli annuali piani periodici di revisione delle partecipazioni societarie, prevista dall'art. 20 del medesimo TUSP e inoltre ai sensi della legge n. 259 del 1958 in sede di controllo di legalità finanziaria sui bilanci preventivi e rendiconti consuntivi di enti locali ed enti del servizio sanitario nazionale (che, ai sensi dell'art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000 e dell'art. 1, comma 4, del citato d.l. n. 174 del 2012, presuppongono la valutazione degli effetti dei risultati economici della società sulla gestione economico finanziaria dell'ente socio). Infine, un ulteriore momento di analisi può essere costituito dai giudizi di parifica del rendiconto dello Stato e delle regioni (artt. 39, 40 e 41 del regio decreto n.1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012), che, tradizionalmente, dedicano apposito capitolo alla valutazione della gestione delle partecipazioni societarie.

In secondo luogo, le valutazioni circa “la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria” dell’operazione di investimento in una società neocostituita o già esistente, da cui conseguono anche quelle relative alle possibilità alternative della gestione diretta o esternalizzata e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa, costituiscono un onere gravante sull’Amministrazione interessata all’operazione; quest’ultima è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori che devono sorreggere la scelta e confluire nella motivazione analitica dell’atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi poi alla nuova forma di scrutinio riservata alla Corte dei conti; è quindi opportuno analizzare partitamente gli ambiti di valutazione che vedono come soggetto destinatario l’Amministrazione e quelli del successivo sindacato rimesso alla Corte dei conti sugli atti deliberativi adottati, con riguardo a tali aspetti.

Del concetto di sostenibilità finanziaria può essere rinvenuta, invece, una definizione nell’ambito del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) all’articolo 3, comma 1, lettera fff): “la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”. Traslato nel campo degli investimenti societari, il concetto di sostenibilità finanziaria assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell’operazione di investimento societario che l’Amministrazione intende effettuare; l’altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell’ente pubblico interessato. Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di previsione, l’equilibrio economico-finanziario attraverso l’esercizio delle attività che ne costituiscono l’oggetto sociale.

Nel caso delle società a partecipazione pubblica, poi, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettata dell’attività, intesa come idoneità a preservare l’equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte dall’art. 14 TUSP al socio pubblico con riguardo agli interventi di sostegno finanziario alle società partecipate in difficoltà, in virtù del

principio di legalità finanziaria e del divieto di soccorso finanziario generalizzato, ampliamenti sviluppati dalla giurisprudenza contabile (ex multis Corte conti sez. controllo per la Lombardia, n. 753/2010/PAR).

L'esame degli atti deliberativi di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie da parte delle competenti Sezioni della Corte dei conti, prescritto dai commi 3 e 4 dell'art.5 del d.lgs. n. 175 del 2016, non riguarda le operazioni di trasformazione fra tipi societari, di fusione e di sottoscrizione di aumento di capitale sociale quando non comporti anche l'acquisto della posizione di socio.

Nel caso specifico di aumento di capitale connesso a operazioni di fusione, L'operazione di aumento di capitale nelle società realizza, attraverso un procedimento complesso, un contratto tra la società conferitaria ed il socio o il terzo conferente. La prima fase dell'operazione, rappresentata dalla delibera di aumento di capitale, consiste in un atto di organizzazione interno alla società, di regola riservato all'assemblea dei soci, chiamata ad esprimere la volontà della società attraverso le maggioranze previste dalla legge o dallo statuto (la Sezione remittente richiama, a supporto, plurime pronunce della Cassazione, per tutte Cass., sez. I, n. 17467/2013; Cass., sez. V, n. 11725/2011; Cass., sez. V, n. 19813/2009).

Detta delibera societaria, avente efficacia organizzativa interna e implicante una modificazione statutaria, non determina un effetto immediato e diretto sulla partecipazione del socio e, pertanto, l'atto deliberativo dell'ente pubblico con cui quest'ultimo determina l'approvazione in assemblea non rientra fra gli atti da trasmettere alla Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP.

Alla delibera societaria fa seguito l'eventuale decisione di adesione e sottoscrizione dell'aumento da parte dell'ente pubblico, già socio o interessato a divenire tale, mediante un conferimento in denaro o in natura. Detta volontà si manifesta con la sottoscrizione di una quota dell'aumento deliberato, atto che non coincide con la manifestazione di voto espressa dal socio durante l'assemblea (cfr. Cass. civ., sez. I, n. 17467/2013; sez. V, n. 11725/2011; sez. V, n. 19813/2009).

In questa seconda fase, l'atto decisionale dell'ente pubblico di autorizzazione alla sottoscrizione della quota di aumento di capitale comporta, invece, conseguenze rilevanti ai fini della verifica dell'eventuale assoggettabilità all'esame preliminare della Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP.

Qualora l'ente aderente sia terzo rispetto alla società, la sottoscrizione dell'aumento di capitale risulta assimilabile ad un'operazione di acquisto di partecipazioni ex novo. Pertanto, in aderenza al combinato disposto dell'art. 5, comma 3, e dell'art. 8, comma 1, del TUSP, l'atto deliberativo di sottoscrizione dell'aumento di capitale, da parte dell'ente pubblico terzo, in precedenza non socio, va trasmesso alla Corte dei conti per l'esame prescritto dall'art. 5. In ipotesi di adesione ad un aumento di capitale da parte dell'ente pubblico già socio non si assiste, invece, all'acquisto di una partecipazione, ma all'incremento di quella già posseduta” La pronuncia, in ordine alla natura dell'operazione di incorporazione, richiama Cass. civ., sez. un., 30/7/2021, n. 21970: natura composita dell'operazione di fusione dalla quale derivano vari effetti sostanziali: di concentrazione, di estinzione e di successione.

Per i soci della società incorporante “non vi è alcuna modifica sostanziale della partecipazione che possa essere assimilabile all'acquisizione di nuove azioni; ciò in quanto la società incorporante permane come soggetto giuridico immutato, in esito alla fusione.

I soci della società incorporata, invece, assistono all'annullamento dei titoli di partecipazione nelle società incorporate e alla contestuale assegnazione di quote dell'incorporante, sulla base del rapporto di concambio. Ciò sembrerebbe implicare effetti modificativi simili a quelli derivanti da un'operazione di cessione di partecipazioni, con contestuale riacquisto in una nuova realtà societaria, apparendo integrare i presupposti per la trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 5 TUSP. Tuttavia, i richiamati aspetti di integrazione e continuità, che, comunque, caratterizzano la fusione della società incorporante e delle incorporate, non possono condurre, nei riguardi dei soci delle incorporate, a soluzioni diverse da quelle esposte con riferimento ai soci della incorporante.

La fusione, infatti, comporta, quale esito finale, una *reductio ad unitatem* dei patrimoni delle singole società. Come già analizzato<sup>29</sup>, le Sezioni unite della Cassazione hanno sottolineato che la fusione realizza una successione a titolo universale e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici in precedenza riguardanti i soggetti incorporati.

Tale successione sul piano giuridico-formale è affiancata, sul piano economico-sostanziale, da una continuazione dell'originaria impresa e della sottostante organizzazione aziendale e appare escludere l'operazione di fusione per incorporazione, sia per gli enti soci dell'incorporante che per quelli dell'incorporata, dal campo di applicazione della rinnovata funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, in quanto tale vicenda non risulta equiparabile né alla costituzione di una società né all'acquisto di una nuova partecipazione in società già esistente<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> *V. supra*, PARTE II, paragrafo 1.5.

<sup>30</sup> Il principio di neutralità dell'operazione per i soci dell'incorporata trova conferma anche in campo fiscale, laddove l'art. 172 del d.P.R. n. 917 del 1986 (TUIR) stabilisce che "Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata o fusa." Pertanto, come già sopra precisato, il rinvio operato dall'art. 5, comma 3, TUSP all'art. 8 non comporta l'attrazione all'esame preliminare della Corte dei conti anche delle operazioni straordinarie di fusione.

## ***Conclusioni***

I c.d. processi aggregativi per le società pubbliche riscuotono un indiscusso favor da parte del legislatore sia come forma di “razionalizzazione” delle società partecipate da pubbliche amministrazioni sia come mezzo di efficientamento dei sistemi di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica e segnatamente quelli a reti, laddove, attraverso tali processi si supera la frammentazione delle gestioni nell’ambito di riferimento ovvero si procede verso la gestione unificata, in questi ultimi casi operando verso una “integrazione orizzontale”.

Tali aggregazioni, coinvolgendo società di capitale, in quanto gestori dei servizi pubblici a rilevanza economica, vengono messe in atto con operazioni c.d. straordinarie e che riguardano eminentemente processi di fusione o di conferimento di azioni/aziende.

Non di meno, vi è poi l’esigenza di individuare un mercato rilevante “[...] quale presupposto indefettibile per determinare se la condotta indagata abbia la capacità di alterare ‘in maniera consistente il gioco della concorrenza [...] al fine di accertare l’esistenza di una posizione dominante e le eventuali caratteristiche abusive di un determinato comportamento. Ne deriva che l’identificazione di un mercato di riferimento è funzionale alla stessa individuazione delle restrizioni della concorrenza [...]. In altri termini, l’individuazione del mercato rilevante va correttamente intesa non come un fine a sé stante, ma come una delle fasi funzionali alla valutazione sotto il profilo concorrenziale [...]”, cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1832 del 13 marzo 2020.

Si tratta di valutazioni che rientrano nei compiti istituzionali di autorità amministrative nazionali ed europee.

Nel mondo del trasporto aereo, si pensi agli atti incidenti sulla circolazione c.d. land-side, suscettibili di impattare direttamente sulle attività che si svolgono sul sedime aeroportuale, le quali, quindi, devono essere necessariamente poste in essere da un soggetto che si colloca in posizione di equidistanza rispetto agli operatori economici che esercitano attività imprenditoriali all’interno del

sedime aeroportuale, incluso il gestore dell'infrastruttura che vanta un interesse concreto e attuale allo sfruttamento economico della risorsa pubblica, che realizza anche mediante l'attività svolta dalle proprie controllate.

Eppure, per quanto ciò possa apparire pacifico e dunque assodato, ha costituito comunque motivo di contestazione.

Significativa è una recente pronuncia del TAR Lazio, Sez. III, pubblicata il 2 settembre 2022, nella quale si racchiudono, in qualche modo, le venature di questo elaborato, specie avuto riguardo ai rapporti tra l'autorità amministrativa ed il gestore aeroportuale.

Nel caso in questione, la Società Italiana Trasporti s.r.l., ovvero un'impresa abilitata all'esercizio della professione di trasporto passeggeri su strada, ai sensi del Regolamento (CE) n.1071/2009 e titolare della linea di gran turismo "Roma – Fiumicino", esercitata sulla base di una specifica autorizzazione amministrativa, presentava ricorso contro ENAC ed i gestori aeroportuali (Aeroporti di Roma S.p.a. e ADR Mobility S.r.l.) per l'annullamento, in via principale, dell'ordinanza ENAC – Direzione Aeroportuale Lazio n. 9 del 21 giugno 2018 con la quale veniva adottato il documento recante il "*Regolamento per la circolazione in sosta e fermata nella viabilità land-side sull'aeroporto di Fiumicino*".

Con la suddetta ordinanza, l'ENAC, in dichiarata ottemperanza dell'art. 6, comma 7, del Codice della strada e dell'art. 180 del relativo Regolamento di attuazione, non comunicata alla società di trasporti ricorrente, "*ferme restando le competenze di ENAC Direzione Aeroportuale Lazio in materia di disciplina della circolazione*" delegava, sostanzialmente, al gestore aeroportuale, ADR, in qualità di ente proprietario della strada ai sensi del Codice della Strada, tutte le iniziative correlate alla circolazione in land-side, quali ad esempio disporre la sospensione della circolazione, stabilire obblighi e limitazioni, subordinare al pagamento di una somma il parcheggio o la sosta dei veicoli, predisporre l'opportuna segnaletica, sino a determinare i corrispettivi d'uso, specificando che sarebbe

stata cura di ADR *“informare l’ENAC Direzione Aeroportuale Lazio prima dell’avvio di qualsiasi azione sopra elencata”*.

Secondo la ricorrente, l’ENAC avrebbe così abdicato le competenze che la legge gli avrebbe inderogabilmente riservato, creando una disciplina di immediata applicazione volta ad escludere gli operatori dei servizi di linea gran turismo dall’uso pubblico delle strade interne all’aeroporto, imponendo agli stessi di sottoscrivere un contratto a titolo oneroso con un soggetto privato e, pertanto, deduceva l’illegittimità degli atti impugnati per *“violazione e falsa applicazione dell’art. 6 del d.lgs n. 285 del 1992 (nuovo codice della strada) e dell’art. 718 del codice della navigazione. Eccesso di potere per sviamento, falsa rappresentazione dei presupposti di fatto e di diritto. Motivazione contraddittoria e insufficiente”*.

L’ENAC, costituitasi in giudizio, sosteneva invece di non avere dismesso i propri poteri di regolazione della circolazione c.d. land – side, anche alla luce del c.d. Contratto di Programma tra ENAC e ADR, che consente espressamente al gestore (secondo il quale, in ogni caso, non sussisterebbe alcun rapporto concorrenziale con la società di trasporti, la S.I.T.) di affidare in subconcessione (con l’applicazione dei relativi canoni) aree e locali destinati allo svolgimento di servizi ulteriori rispetto alle attività aeronautiche strettamente intese.

Secondo il Collegio giudicante, ENAC, in effetti, mediante la predetta norma regolamentare avrebbe completamente dismesso la propria competenza a disciplinare la circolazione sulle strade interne aperte all’uso pubblico nell’ambito degli aeroporti aperti al traffico aereo civile – che la legge (ovvero l’art. 6, comma 7, del Codice della strada) gli attribuisce in via esclusiva – affidandola ad un operatore privato, ADR, mediante la previsione di un meccanismo regolamentare incompatibile con la tutela degli interessi pubblici sottesi alla cura dell’ENAC, tra i quali la salvaguardia della sicurezza del traffico all’interno dell’aerostazione, nonché pregiudizievole degli interessi economici della società ricorrente. Infatti, scrive il Collegio, gli atti incidenti sulla circolazione c.d. land-side *“sono suscettibili di impattare direttamente sulle attività che si svolgono sul sedime aeroportuale e, quindi,*

*devono essere necessariamente posti in essere da un soggetto che si colloca in posizione di equidistanza rispetto agli operatori economici che esercitano attività imprenditoriali all'interno del sedime aeroportuale, incluso ADR che, nella sua qualità di gestore della infrastruttura, vanta un interesse concreto e attuale allo sfruttamento economico della risorsa pubblica, che realizza anche mediante l'attività svolta dalle proprie controllate, tra le quali ADR Mobility S.r.l.*”.

Tale previsione regolamentare, quindi, non solo avrebbe determinato una inversione dei flussi informativi rispetto a quanto previsto nell'impianto legislativo, spostando l'iniziativa relativa all'adozione degli atti di regolamentazione della circolazione c.d. *land-side* sul gestore dell'infrastruttura, ma avrebbe introdotto anche un meccanismo di controllo in capo all'ENAC insuscettibile di garantire la salvaguardia degli interessi di rilievo pubblicistico che il legislatore, sulla scorta del meccanismo normativo divisato dall'art. 6, comma 7, del Codice della strada, ha inteso affidare alla cura dell'ENAC. Tale meccanismo, infatti, consentirebbe l'adozione di atti di regolamentazione della circolazione c.d. *land-side* di matrice esclusivamente privatistica nelle ipotesi in cui il silenzio serbato dall'ENAC, in seguito all'informativa di ADR, dipenda da una mera inerzia dell'ente pubblico. È di tutta evidenza, in proposito, che in presenza di una condotta inerte dell'ENAC l'adozione di tali atti avverrebbe senza il filtro del controllo pubblicistico. Si tratta, a ben vedere, di un risultato antitetico rispetto ai possibili *output* del meccanismo disciplinato dal legislatore; infatti, anche laddove il gestore dell'infrastruttura aeroportuale abbia reso un parere di segno contrario rispetto all'atto che l'ENAC intende adottare, quest'ultimo risulterà sempre imputabile all'ente pubblico, ancorché il parere del soggetto interessato non venga recepito dall'ente pubblico. Soltanto il meccanismo previsto dal Codice della strada, quindi, consente di tutelare gli interessi pubblici coinvolti nell'adozione degli atti di regolamentazione della viabilità c.d. *land-side*, poiché esso garantisce che il bilanciamento dei contrapposti interessi in giuoco e la finalità dell'intervento di regolamentazione siano realizzati dall'ente pubblico *ex lege* competente *ratione materiae*.

ADR, quindi, in qualità di soggetto concessionario della infrastruttura aeroportuale sulla quale vanta un diritto speciale ed esclusivo in forza del suddetto titolo concessorio, ha la possibilità di sfruttare economicamente le aree, gli spazi e gli immobili afferenti a tale infrastruttura, sia con riguardo alle attività c.d. aviation, sia con riferimento a quelle di tipo non aviation.

Le uniche differenze nell'affidamento di tali attività a soggetti terzi riguardano le modalità di scelta del contraente (con riflessi anche in punto di giurisdizione). In proposito, la giurisprudenza ha affermato che solo “[...] i servizi di natura commerciale svolti in aera demaniale che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia rimasta estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile (cfr. in termini, proprio con riguardo al rapporto di sub-concessione di spazi aeroportuali, Cass. S.U. nn. 7663/016, 8623/015, nonché Cass. S.U. nn. 9233/02, 9288/02)” (cfr. Cass. civ., SS.UU., ord. n. 4884 del 27 febbraio 2017).

Peraltro, la previsione della forma di remunerazione contestata non costituisce, di per sé, un ostacolo di indole anticoncorrenziale all'esercizio dell'attività di impresa, da parte della società ricorrente, all'interno dell'infrastruttura aeroportuale, posto che non risulta di per sé suscettibile di limitare l'accesso a tale infrastruttura. In proposito, va osservato che il servizio di linea gran turismo viene svolto in regime di libero mercato e, quindi, i prezzi praticati dai singoli operatori economici non sono assoggettati ad alcuna regolazione tariffaria.

La decisione del Collegio giudicante sintetizza, con assoluta chiarezza, al di là delle specificità del caso concreto, i profili di criticità e le implicazioni intercorrenti, ancora una volta, tra il gestore e l'ente pubblico, tra l'interesse economico del privato e gli interessi pubblicistici in gioco in un ambito, come quello di Airline Management, ove la sicurezza e la mobilità, ancor più di altri settori, non possono lasciare sedime all'arbitrio.

## BIBLIOGRAFIA

**AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (AVCP)**, *La gestione aeroportuale* (<https://www.anticorruzione.it/documents>).

**BORGHI Elisa**, *Sistemi aeroportuali tra concorrenza e complementarietà*, DOTTORATO DI RICERCA in Law and Economics – Diritto ed Economia ciclo XXIV, Settore Concorsuale di afferenza: IUS/09, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, 2012.

**CAMPOBASSO Gianfranco**, DIRITTO COMMERCIALE, 2. *Diritto delle società*, Nona edizione, UTET giuridica, Torino, 2015.

**CAMPORESI Roberto**, *Il parere della Corte dei conti, ex art. 5 del Tuspp, non attiene le operazioni di fusione (neppure inversa)*, Rivista DIRITTO DEI SERVIZI PUBBLICI, diretta da avv. Lelia Tessarolo, Roma, 7 novembre 2023.

**CARULLO Gherardo**, *Il Consiglio di Stato conferma l'annullamento della delibera di integrazione societaria tra A2A e AEB*, , RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL DIRITTO DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE, Fascicolo n.3, CERIDAP, Milano, 2021.

**CIRILLO Giampiero Paolo**, *“Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici”*, RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PUBBLICO COMUNITARIO, fasc. 5, Giuffrè, Milano, 2016.

**DI CARLO Roberto**, *“Dalla compliance alla performance. Possibili implicazioni dell'evoluzione delle norme di Safety Risk Management nel settore dell'aviazione civile”* in “LEGISLATION AND REGULATION OF RISK MANAGEMENT IN AVIATION ACTIVITY”, Volume II, a cura di Francesca Pellegrino, Giuffrè editore, Collana ricerche CUST Euromed, Messina, 2015.

**DI GIUGNO Marco**, *“Il Risk Management dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile”* in “LEGISLATION AND REGULATION OF RISK MANAGEMENT IN AVIATION ACTIVITY”, Volume II, a cura di Francesca Pellegrino, Giuffrè editore, CUST, Messina, 2015.

**DI RENZO Andrea**, “*L'art. 5 del TUSP dopo la modifica della legge n. 118/2022. La giurisprudenza più significativa*”, Equilibrio e sostenibilità in DIRITTO  CONTI, Bilancio – Comunità – Persona, Roma, 11 dicembre 2022.

**GALIZIA Manuela**, nota a sentenza, “*La fusione per incorporazione tra società miste di gestione aeroportuale*”, DIRITTO E POLITICA DEI TRASPORTI, ISSN 2612-5056, II/2023, Roma, 2023.

**GIOVAGNOLI Roberto**, MANUALE DI DIRITTO CIVILE, Parte VI, *Il contratto – Sez. IV, I rimedi*, II edizione, Ita Edizioni s.r.l., Torino, 2022.

**INCALZI MICHELA ANTONELLI**, “*Teoria e motivazioni delle acquisizioni: il caso Air Italy*”, Dipartimento di Economia e Management Cattedra di Economia Industriale, LUISS, Roma, A.A.2017/2018.

**LOBIANCO Rocco**, “COMPENDIO DI DIRITTO AERONAUTICO”, II Edizione, Giuffrè, Milano, 2021.

**SAC SERVICE S.R.L.**, dispensa del Corso “*Airside - Safety - Livello P*” .

**SOBBRIO Giuseppe**, “INTRODUZIONE ALL’ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO”, Edizione 2011, Messina.

**ZUNARELLI Stefano, ROMAGNOLI Alessandra, CLARONI Alessio**, *I servizi di trasporto pubblico locale: governance ed assetto gestionale*”, DIRITTO PUBBLICO DEI TRASPORTI, Cap.V, II Edizione, Bonomo editore.

# INDICE

Introduzione	2
--------------	---

## PARTE I

### LA GESTIONE AEROPORTUALE

1. Le società di gestione aeroportuale: premesse	4
2. Il “sistema aeroportuale” e l’evoluzione normativa	7
3. I compiti del gestore aeroportuale ex art. 705 cod. nav.; il Safety Management System e il ruolo del Security Manager	9
4. L’ENAC ed il Risk Management	13
5. La natura giuridica delle società di gestione: alcune considerazioni finali	14

## PARTE II

### L’OPERAZIONE STRAORDINARIA DI FUSIONE TRA SOCIETÀ DI GESTIONE AEROPORTUALE: INTRECCIO DI DISCIPLINE

1. La fusione societaria: inquadramento	21
<i>1.1 La fase preparatoria: il progetto di fusione</i>	22
<i>1.2 La delibera di fusione</i>	25
<i>1.3 L’atto di fusione</i>	25
<i>1.4 L’invalidità della fusione</i>	26
<i>1.5 La fusione quale fenomeno distinto dalla trasformazione: la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. Civ. n. 21970 del 30/7/2021)</i>	29

2. Il procedimento concessorio	50
2.1 Il regime di cui all'art. 704 cod. nav. e le soglie minime di partecipazione pubblica ai sensi del D.M. n. 521 del 1997	56
3. La fusione siciliana di SAC s.p.a.: un caso recente.	67

### PARTE III

## LA FUSIONE TRA SO.GE.A.AL. S.P.A. & GEASAR S.P.A: QUESTIONI AL VAGLIO DELL'AUTORITÀ GIURISDIZIONALE

1. La fusione tra GEASAR S.p.a. e SO.GE.A.AL. S.p.a.: premesse fattuali	70
2. La pronuncia del Tribunale di Cagliari, Sezione specializzata in materia di imprese, del 12/9/2023: questioni giuridiche	71
2.1 <i>I margini di applicabilità della norma imperativa portante: l'art. 704 cod. nav.</i>	73
2.2 <i>L'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale di cui al T.U.S.P.</i>	75
2.3 <i>Il contrasto fra la delibera di fusione e le norme statutarie: la clausola di gradimento a favore del socio pubblico di maggioranza</i>	80
3. Considerazioni finali; il c.d. obbligo di motivazione analitica di cui all'art. 5 T.U.S.P. dopo la modifica della Legge n. 118/2022	82

\*

Conclusioni	92
Bibliografia	97



A conclusione di questa magnifica esperienza, preme ringraziare di cuore:

- ❖ la *Dott.ssa Valentina Recupero*, Ispettore Aeroportuale di Security nonché mia cara tutor, che mi ha letteralmente accompagnata in questa avventura, per la disponibilità, la professionalità, per il tempo dedicatomi nonché per le spiccate doti di ascolto;
- ❖ Il *Direttore, Dott. Antonino Caruso*, per l'accoglienza, la professionalità, l'affetto e la simpatia;
- ❖ I *Dott.ri Gianluca Costantino e Alessia Valastro*, Ispettori Aeroportuali di Handling, per il tempo dedicatomi, per la passione, per il sapere trasmessomi e per aver reso divertente il tempo trascorso;
- ❖ tutto il personale della *Direzione Aeroportuale Sicilia Orientale ENAC* che mi ha accolto con grande affetto sin dal primo giorno, contribuendo a rendere questa esperienza formativa speciale;
- ❖ l'*Avv. Marco Di Giugno*, relatore di questa tesi, per la disponibilità e gli offerti spunti di riflessione nonché il *Prof. Dario Latella*, per i contributi preziosi fornitimi e per il tempo dedicatomi;
- ❖ la *Prof.ssa Francesca Pellegrino*, preziosa risorsa dell'Università di Messina, senza la quale nulla di tutto ciò sarebbe stato possibile e la *Dott.ssa Mariagiulia Previti*, nostro tutor d'aula, per la costante disponibilità e per l'immensa gentilezza;

e ultimi, ma primi per importanza, tutti i compagni di corso, i quali certamente mancheranno, per aver reso incredibilmente speciale questa esperienza di vita, intrisa di professionalità mista a tante risate.

**Se il cielo e la terra non possono sostenere a lungo un'azione violenta,**

**come potrebbero riuscirci gli uomini?**

**Se vi assimilate alla Via, la sua forza scorrerà attraverso di voi.**

**Le vostre azioni diverranno come quelle della natura,**

**il vostro modo di essere come quello del cielo**

道德經, 道德经

Laο Tsu



25/3/2024

Direzione Aeroportuale Sicilia Orientale ENAC

Aeroporto Fontanarossa Catania