

ISSN 1825-9871

# InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

*Pubblicazione*  
**1 • 2024**



Università degli studi di Napoli Federico II

**Innovazione e Diritto** - Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

#### **DIRETTORE RESPONSABILE**

**Prof.ssa Clelia Buccico** (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

**Innovazione e Diritto** è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

#### **COMITATO DI DIREZIONE**

**Prof.ssa Clelia Buccico**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

**Prof. Raffaele Perrone Capano**

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

**Prof.ssa Marilena Rispoli Farina**

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

**Prof.ssa Beatrice Bertarini**

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

**Prof. Gianluigi Bizioli**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

**Prof. Paolo Borghi**

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

**Prof.ssa Loredana Carpentieri**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

**Prof. Alessandro Giovannini**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

**Prof. Giuseppe Melis**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

**Prof. Sebastiano Maurizio Messina**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

**Prof. Salvatore Muleo**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

**Prof. Gaetano Ragucci**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

**Prof. Gennaro Rotondo**

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

**Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli**

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

**Prof. Stefano Zunarelli**

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

*di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

#### **COMITATO SCIENTIFICO**

**Prof.ssa Antonella Brozzetti**

*- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

**Prof. Giuseppe Corasaniti**

*- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia*

**Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito**

*- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

**Prof. Avv. Maurizio Logozzo**

*- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

**Prof.ssa Carla Masi**

*- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

**Prof.ssa Maria Pierro**

*- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria*

**Prof. Salvatore Sammartino**

*- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA*

**Prof. Antonio Felice Uricchio**

*- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"*

#### **COMITATO EDITORIALE**

**Prof. Francesco Vincenzo Albertini**

*- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"*

**Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach**

*- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

**Prof. Marco Cedro**

*- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA*

**Prof. Filippo Cicognani**

*- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

**Prof. Filippo Alessandro Cimino**

*- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna*

**Prof.ssa Daniela Conte**

*- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli*

**Prof. Samuele Donatelli**

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

**Prof. Nicola Fortunato**

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

**Prof.ssa Laura Letizia**

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

**Prof.ssa Daniela Mazzagrecò**

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

**Prof. Ottavio Nocerino**

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

**Prof. Andrea Quattrocchi**

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

**Prof. Federico Rasi**

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

**Prof. Luca Sabbi**

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

**Prof.ssa Adriana Salvati**

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

**Prof. Gianluca Selicato**

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

**Prof.ssa Maria Villani**

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

**Dott. Daniele Canè**

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

**Dott.ssa Alessandra Kostner**

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

**Dott. Andrea Perrone Capano**

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli*

**Dott. Luigi Scipione**

- *Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

**Dott. Stefano Zagà**

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*



## INDICE

### Parte prima (Dottrina)

1. **Editoria, accademia e studi sociali** 1  
*di Raffaello Lupi*
2. **Sull'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010, in corso di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011** 3  
*di Salvatore Muleo*
3. **Partecipazione pubblica maggioritaria e controllo delle società a partecipazione mista pubblico-privata** 15  
*di Mercedes Guarini*
4. **Energy transition: the role of tax and excise leverage. The necessary revision of Directive 2003/96/EC** 59  
*di Loredana Strianese*

### Parte terza (Contributi istituzionali)

5. **I vizi del provvedimento tributario dopo la riforma dello Statuto del contribuente** 89  
*di Nicola Durante*



# **Editoria, accademia e studi sociali**

**di Raffaello Lupi**

*Autore su [InnovazioneDiritto.it](http://InnovazioneDiritto.it)*

## **ABSTRACT**

The article analyzes the limits, emerged in recent decades, of paper publishing as a tool for selecting the quality of academic social studies. It is noted that the reduction in costs has fueled the rate of self-referentiality of academic production with respect to people interested in the underlying themes in public opinion. The paper therefore identifies some opportunities offered by open access publications, for the joint editing of volumes that gradually focus on the relevant themes and overcome the current drawbacks of peer review.

## **SINTESI**

*Lo scritto analizza i limiti, emersi negli ultimi decenni, dell'editoria cartacea come strumento di selezione della qualità della saggistica accademica negli studi sociali. Si rileva come la diminuzione dei costi abbia alimentato il tasso di autoreferenzialità della produzione accademica rispetto agli interessati ai temi sottostanti nell'opinione pubblica. Si individuano quindi una serie di opportunità offerte dalle pubblicazioni in accesso aperto, per redazione congiunta di volumi che mettano gradualmente a fuoco i relativi temi e superino gli attuali inconvenienti della revisione tra pari.*

## **SOMMARIO**

**1.** Valutazione universitaria ed editoria - **2.** Letteratura, narrazioni e saperi - **3.** Editoria accademica e selezione dei saperi - **4.** Da editori a stampatori: inversione dei ruoli e perdita di impatto sociale - **5.** Lo scadimento della qualità e gli inutili palliativi - **6.** Accesso aperto e interazione per una letteratura sociale

### **1. Valutazione universitaria ed editoria**

Non ho mai avuto particolare simpatia, come ho scritto circa sette anni or sono su questa rivista (n. 4 - 2017, *Valutazione dei saperi e diritto, tra tecnica e scienza sociale delle pubbliche funzioni*) per una selezione universitaria sbilanciata sulle pubblicazioni, che mette in secondo piano l'interlocuzione diretta coi loro autori. Le mie perplessità riguardavano la possibile utilizzazione di c.d. *ghostwriter*, preferenze e ostruzionismi delle direzioni delle riviste di classe A, mortificazioni del dibattito interno alle comunità scientifiche, mancanza di controllo sociale tramite prove orali accessibili a terzi. Il rammarico oggi cresce, sia perché le nuove tecnologie consentirebbero di rimediare ai suddetti inconvenienti, sia perché i *ghostwriters* potrebbero essere facilmente sostituiti dall'intelligenza artificiale; quest'ultima riesce infatti ad assemblare in tempo reale le pubblicazioni vagamente in tema, ma senza un reale contenuto di cui diremo più avanti (sull'argomento anche par. 2.3 del mio *Studi sociali e diritto, in open access* al link <https://romatrepress.uniroma3.it/libro/studi-sociali-e-diritto/>).

Questo problema si collega ad altre criticità del reclutamento accademico, come il difficile controllo dei titoli (svolgimento di

seminari, relazioni a convegni, ricerche interne ai dipartimenti, etc.), il carattere formalmente non comparativo dell'ASN, con rischio di appiattimento al ribasso; anche per l'impossibilità di chiarire coi candidati passaggi contraddittori, ambigui od oscuri delle pubblicazioni presentate; ne consegue la tendenza a interpretazioni benevole *pro bono pacis* verso chi ha apprezzabili referenze accademiche.

Rinviamo però questi aspetti a uno scritto focalizzato sull'accademia, concentrandoci qui sull'editoria come forma di comunicazione. L'editoria scientifica deve infatti confrontarsi con l'estensione dei saperi, ormai nazionali o sovranazionali, rispetto alle entità locali rappresentate dagli atenei. Essi costituiscono l'antico luogo fisico dove la vicinanza consentiva interlocuzioni tra tutti i saperi, rese dal concetto stesso di *Università*. Erano prassi tipiche di quando i saperi erano molto più ristretti, e teologia, filosofia e matematica erano trattabili, in modo fortemente interconnesso, dai medesimi studiosi, influenzando persino le tecniche, come la medicina o il diritto. Nell'Università come luogo fisico, i saperi si valorizzavano a vicenda attraverso l'interazione orale, essendo all'epoca molto più ristrette le odierne interlocuzioni dirette a distanza. L'unica possibile all'epoca era infatti quella epistolare, comunque asincrona, ed era molto importante quindi la circolazione del pensiero tramite la scrittura. La riproduzione a stampa, a partire dal Cinquecento, aprì quindi la strada alla diffusione di nuovi contenuti, criteri valutativi e modalità comunicative, di cui ai prossimi paragrafi.

## **2. Letteratura, narrazioni e saperi**

La riproduzione a stampa ha moltiplicato le potenzialità della comunicazione scritta, con cui si erano già stratificati e trasmessi nel tempo pensieri complessi; non a caso si associa alla scrittura l'uscita dalla Preistoria e l'inizio della Storia, per la possibilità, attraverso di

lei, di organizzare, coordinare e trasmettere riflessioni, a partire da quelle metafisiche, filosofiche ed esistenziali.

Queste riflessioni venivano in genere rese interessanti collocandole in narrazioni romanzesche, epiche, poetiche, etc..., come indicato nelle pp. 4 e ss. del mio *Studi sociali e diritto, cit.* Da quest'intrattenimento letterario indirettamente derivavano mappe cognitive della realtà, sistemi di valori e indicazioni comportamentali per la vita pratica. Gli scritti circolavano nella piccola minoranza alfabetizzata dell'era preindustriale, il cui bagaglio culturale, salve poche sfumature, era omogeneo; la parte non alfabetizzata della popolazione, per quanto non assorbita dalle necessità di sussistenza, si dava rudimentali spiegazioni di cultura popolar-religiosa, riti religiosi e rappresentazione di miti tramite le arti figurative.

L'editoria a stampa fu un passo verso la costruzione di un'opinione pubblica molto più numerosa, e tematicamente articolata, come spiego ne *L'era aziendale*, volume disponibile liberamente su *Didatticaweb* dell'Ateneo di Tor Vergata. Alla narrazione a stampa si è poi affiancata quella cinematografica, radiofonica, televisiva e tramite internet, in parallelo all'evoluzione della socialità. Quest'ultima è diventata molto più articolata e per comprenderla non bastano più le suddette narrazioni letterarie. Servono quindi studi sociali, che però sono privi del suddetto fascino emotivo della letteratura, e di una storia in grado di interessare il lettore.

È del tutto normale che l'editoria delle c.d. *scienze dure*, dedite allo studio sperimentale della materia, circoli all'interno di un ristretto circuito di iniziati, cui è riconosciuta una *competenza riservata* nel settore. Negli studi sociali, come l'economia, la sociologia, la politologia e altre analoghe prospettive, la letteratura dovrebbe invece rivolgersi in buona misura *all'esterno*, verso gli interessati al tema nella pubblica opinione, secondo le loro varie curve di attenzione e sensibilità culturali. Anche tali discipline si sono invece rivolte in prevalenza al proprio interno, col c.d. *monismo metodologico*, ispirato alle scienze della materia (*Studi sociali e*

*diritto*, cit. p. 25 e oltre in quest'articolo); la ricerca di legittimazione presso il proprio ristretto circuito di cultori (par. 1.5 di *Studi sociali e diritto*) fa trascurare gli interessati alle proprie tematiche nella pubblica opinione (*Studi sociali*, cit. par. 1.6). Alla fine l'unica utilità della pubblicistica negli studi sociali diventa quella di essere utilizzata da altri studiosi sociali per scrivere altri articoli, in un circolo vizioso di autoreferenzialità. Il risultato è l'isolamento rispetto alla discussione pubblica sui diversi temi della socialità e una circolazione nei ristretti circuiti di materia, con le loro gelosie, rivalità, polemiche, ma soprattutto indifferenze. L'impatto sulla pubblica opinione è pressoché zero mentre continuano a tener banco le narrazioni letterarie e di costume, variamente combinate e quelle giornalistico-politiche dei *mass media*; è in altri termini del tutto normale che nello spazio lasciato vuoto dalle spiegazioni degli studiosi sociali si siano inseriti giornalisti, politici, romanzieri e registi, nonché varie tipologie di personaggi pubblici con doti comunicative per rendersi visibili. Anch'essi usano di frequente i libri come strumento reputazionale, ma si tratta spesso di *pamphlet* a vocazione generalista. Essi non si rivolgono cioè agli interessati, ma cercano di *sensibilizzare* chi non lo è, rendendoli socialmente dei fuochi di paglia, utili al massimo a supportare per un po' la visibilità mediatica dell'autore, senza impatto durevole sugli effettivi interessati. Questa ricerca, nella discussione pubblica, di *audience* mediatica e consenso politico, indebolisce il controllo sociale e fa prevalere nell'attività di governo la comunicazione politica (propaganda) sulla sostanza. Vedremo ai prossimi paragrafi cosa potrebbero fare gli studi sociali per fronteggiare questa tendenza e svolgere il proprio ruolo.

### **3. Editoria accademica e selezione dei saperi**

Quando fu inventato il libro stampato, esso fu temuto dal potere politico e religioso, in quanto capace di incidere sulle ristrette opinioni pubbliche del tempo. Basta pensare alla censura, all'*imprimatur*

burocratico e all'*Indice dei libri proibiti* per capire quest'antica importanza culturale, e quindi politica. I libri avevano una forte capacità di penetrazione rispetto alle narrazioni orali, col paradossale punto di forza della loro relativa scarsità. I loro notevoli costi fissi di composizione erano una barriera d'ingresso, un indizio indiretto di qualità, una legittimazione reputazionale degli autori e delle loro opere. I costi di pubblicazione di un volume erano talmente elevati da richiedere all'editore una valutazione di qualità, in termini di possibilità di vendita. L'editore garantiva cioè i potenziali lettori, come un valutatore anticipato del possibile gradimento dei testi nel pubblico di riferimento, oggi chiamato *target*. All'interno di quest'ultimo, la pubblicazione era quindi un accreditamento in sé; essa garantiva, da parte dell'editore, il previo svolgimento di una funzione di filtro, apertura di credito che indirettamente legittimava l'autore, e costituiva un biglietto di presentazione del libro.

Pubblicare era quindi sinonimo di autorevolezza sociale e simbolo di cultura, come confermano molteplici e convergenti indizi: si pensi all'espressione *parla come un libro stampato*, alla *dignità di stampa* con cui si elogiano le migliori tesi di laurea e alle antiche sinergie tra editori e pensiero giuridico (il Foro italiano, Giustizia civile, Enciclopedia del diritto ecc.). Inversamente i *roghi dei libri* sono usati come simbolo di negazione della cultura, come nel distopico libro *Fahrenheit 451*, che probabilmente si ispirava ai roghi nazisti dei libri contrari alle idee del regime. Oggi i libri più pericolosi, che andrebbero bruciati, non sono quelli con idee sbagliate, ma quelli senza idee di cui diremo più avanti, scritti per dire di averlo fatto e guadagnarsi il prestigio che in varie sedi ne deriva. Ecco perché occorre riflettere sul ruolo dei prodotti editoriali nella selezione universitaria, fronteggiando la comprensibile tendenza della burocrazia accademica a procedure uniformi per la valutazione di saperi molteplici, che avvantaggiano proprio il suddetto uso dell'editoria, come strumento per comunicare ad organi burocratici di avere scritto. Quanto sopra è confermato dal fatto che nell'attuale

contesto sociale nessun libro come tale fa più paura, salvi i rari casi in cui diventa un simbolo politico presso settori dell'opinione pubblica (che di solito neppure l'hanno letto). È un riflesso della proliferazione dei libri, dovuta all'insieme di circostanze indicate al paragrafo successivo.

#### **4. Da editori a stampatori: inversione dei ruoli e perdita di impatto sociale**

La perdita d'impatto sociale dei libri, come tali, dipende sia dalle già indicate dimensioni enormi dell'opinione pubblica, sia da diverse e più immediate modalità d'interazione (cinema, TV, social networks), sia dalla proliferazione stessa dei libri. Quest'ultima ha ragioni economiche, per l'elaborazione elettronica dei testi e la loro facilità di impaginazione e stampa. Ne consegue una riduzione dei costi che fa svanire la suddetta funzione di filtro dell'editore, quale primo valutatore della qualità dei volumi da lui pubblicati. La diminuzione dei costi editoriali consente cioè a un numero crescente di autori di finanziare le proprie pubblicazioni, per acquisire *a pagamento* i vantaggi reputazionali indicati al paragrafo precedente. L'attenzione degli editori s'è quindi sempre più spostata dalla comunità dei potenziali lettori a quella degli autori, delle loro istituzioni di appartenenza o dei loro finanziatori, spesso intenzionati ad accreditare una qualche narrazione politico-sociale. Persino i costi per realizzare la *dignità di stampa* delle tesi (paragrafo precedente) sono sempre più alla portata economica degli studenti e delle loro famiglie. In questo modo gli editori, come indicato nel titolo del paragrafo, diventano sostanzialmente degli stampatori. Diventa così possibile, caduta la suddetta barriera economica all'ingresso, pubblicare libri allo scopo di *autolegittimarsi*, per avere un titolo da spendere a fini professionali, accademici o di visibilità politico-giornalistica.

Già solo per questo, l'antico prestigio dei libri, descritto al paragrafo precedente, è molto diminuito, ma non scomparso. Da una

parte, questa caduta delle barriere economiche alla pubblicazione amplia la scelta a disposizione dei lettori, consentendo loro di valutare i volumi che preferiscono, sia come contenuti sia come forma espositiva. D'altra parte però il tempo dei lettori per scorrere e consultare un determinato volume è rimasto esattamente identico rispetto al passato, nonostante un certo aiuto di internet, dov'è possibile almeno visionare gli indici, se non degli estratti. La diffusa lamentela secondo cui si legge di meno non dipende solo dalla concorrenza delle suddette altre forme di comunicazione (mediatica e *social*), ma anche dalla quantità di libri pubblicati; in altri termini la percentuale di lettura dei libri pubblicati è minore, rispetto al passato, anche perché si pubblica molto di più. Magari alcuni libri vengono anche venduti, o *regalati* dagli stessi autori, senza però che l'acquirente o il donatario abbia il tempo per poterli adeguatamente valutare, e men che meno per leggerli. A questo contesto si addice la battuta dal film *Il portaborse*, di Nanni Moretti *non ho mai letto un libro tutto intero in vita mia Mai! Però le introduzioni, i risvolti di copertina, le prefazioni non le ho dimenticate*. Le barriere rappresentate dalla disponibilità di tempo dei lettori infatti rimangono, nonostante la caduta dei costi di pubblicazione, con ulteriori inconvenienti su cui il prossimo paragrafo.

## **5. Lo scadimento della qualità e gli inutili palliativi**

Purtroppo la vecchia barriera all'ingresso, un tempo rappresentata dai costi editoriali, non è stata sostituita da altre modalità di selezione e controllo sociale dei contenuti, rispetto alla presenza sempre più diffusa di libri senza idee, nati per essere *spesi come titoli*. Anzi, la suddetta trasformazione degli editori in stampatori peggiora le cose, spingendoli a pubblicare di tutto per aumentare la clientela che *paga per pubblicare*, a detrimento di quella che *paga per leggere*. Invece dell'antica barriera all'ingresso, basata sulla qualità in funzione delle vendite, gli editori incentivano a pubblicare qualsiasi cosa, in modo da

aumentare il numero di clienti-autori. La stampa cartacea, dopo aver agevolato per secoli la circolazione del pensiero, rischia quindi oggi paradossalmente di ostacolarla, proprio per la prevalenza della quantità rispetto alla qualità, e per la responsabilità accademica di dover dimostrare vitalità scientifica col *publish or perish*, anche se l'impatto di quel che si scrive è zero. La proliferazione degli scritti, senza adeguati controlli di qualità, avvia un circolo vizioso in cui gli scritti di studi sociali, redatti per accreditarsi all'interno delle comunità scientifiche, non sono letti neppure da chi ne fa parte; anche lì, al massimo, i libri si scorrono, guardando gli indici e facendo *carotaggi*. In questo contesto, come sopra rilevato, è inevitabilmente conveniente *andare a peso*, cioè fare volume con riempitivi, giri di parole vagamente in tema, esibizioni di erudizione fini a sé stesse, ma fuori contesto. L'esperienza dell'ASN, per quanto ho potuto constatare, conferma che, con i dovuti supporti nella comunità scientifica, questo genere letterario, nonostante lo scarso valore aggiunto, è nel complesso pagante. È infatti impossibile contestare nel merito scritti vagamente in tema asseritamente diretti ai circuiti accademici, proprio perché un effettivo contenuto manca, o è disperso tra espressioni ambigue, paludate, tortuose e prolisse (*Studi sociali e diritto*, pag. 87). Dimostrare la mancanza di senso di questi scritti è una fatica improba, ben superiore sia a quella necessaria a redigerli, sia a quella necessaria a scrivere, in proprio, scritti con impatto sugli interessati al tema. Non c'è alcun incentivo, quindi, ad impegnarsi a destrutturare tali scritti, ricavandone solo le antipatie dei relativi redattori e capiscuola. Rivolgersi invece agli interessati, fuori dall'accademia, svolgendo il ruolo cui sono chiamati gli studi sociali, espone paradossalmente ad accuse di imprecisata *divulgatività*; si tratta di vischiosità del già esaminato monismo metodologico, la distinzione tra scientificità e divulgatività si addice alle scienze dure e alle tecniche, ma è del tutto fuori luogo negli studi sociali (*Studi sociali e diritto*, cit. p. 28, e *L'era aziendale*, cit. par. 4.3). Contribuisce al circolo vizioso anche per il preconcetto, derivante dal

suddetto monismo metodologico, che l'incomprensibilità vagamente in tema dimostri scientificità. Del resto giri di parole vagamente in tema sono una frequente necessità, nella prassi politica, giornalistica, professionale e anche giudiziaria, per gestire situazioni imbarazzanti, in cui si deve difendere l'indifendibile, per contingenze istituzionali, si hanno le idee confuse o poca voglia di approfondire. Fatto sta che si moltiplicano i libri scritti solo per far vedere di averlo fatto, per acquisire punteggi nella suddetta autoreferenzialità di ristretti gruppi accademici, con un misto di materiali normativi, riferimenti dottrinali o formule di economia matematica. Il controllo di qualità sui prodotti editoriali, per usare il linguaggio ANVUR, si indebolisce in quanto coincide con le stesse comunità accademiche, in un cortocircuito di autoreferenzialità. Tutto ciò non fa alcuna presa sugli interessati al tema nella pubblica opinione in quanto persino i revisori effettuano le *peer review* stancamente, spesso per mera cortesia accademica verso i colleghi che le richiedono, o dando sfogo a compiaciuti sadismi culturali.

L'editoria accademica sugli studi sociali si riduce così ad accessorio della didattica e dei concorsi universitari, con gli editori che s'informano solo di quanti volumi verranno adottati, cioè fatti comprare agli studenti, o acquistati direttamente dall'autore.

I correttivi della classificazione delle riviste e delle *peer review*, per come sono stati concepiti, sono del tutto inadeguati al raggiungimento di una sufficiente qualità, proprio perché anch'essi ispirati al monismo metodologico delle scienze fisiche, senza una riflessione sulle suddette specificità degli studi sociali. In queste ultime, come appena rilevato, è infatti fondamentale la socializzazione (c.d. *interlocuzione esterna* alle accademie) e la rendicontazione delle valutazioni (*accountability*), anziché l'anonimato irresponsabile su cui purtroppo s'è assestata la prassi delle *peer review*, anche positive. Mentre infatti ha senso che le revisioni negative restino anonime, chi ha avallato un determinato scritto dovrebbe *metterci la faccia* accettando di essere indicato, a

posteriori, sul medesimo, quale revisore, sia per valorizzare l'opera sia per assumersi le proprie responsabilità scientifiche.

In conclusione, l'impatto delle moderne tecnologie sull'editoria e i processi valutativi è stato quindi più negativo che positivo; la suddetta editoria sovvenzionata dagli autori o dalle loro istituzioni si è rivelato una sorta di *moneta cattiva che scaccia quella buona*. Oltre agli inconvenienti già indicati, si aggiunga la possibilità di sostituire ai vecchi *ghostwriters* l'intelligenza artificiale, in grado di produrre rapidissimamente una quantità illimitata delle suddette espressioni vagamente in tema, ma senza effettivo filo logico. Anche questo conferma che anche in materia di editoria non bastano le scienze e le tecnologie, ma servono idee per utilizzarle, come le riflessioni propositive del prossimo paragrafo.

## **6. Accesso aperto e interazione per una letteratura sociale**

Rispetto alle criticità di cui ai paragrafi precedenti sono però possibili anche circoli virtuosi, in cui la tecnologia del presente rilancia tradizioni del passato, per una migliore discussione sui vari temi della socialità.

Prima di tutto si tratta di valorizzare, tramite le tecnologie, quanto di buono la comunicazione scritta può dare rispetto a quella audio-video. Ovviamente i codici, le banche dati, i commenti e le monografie sulle problematiche tecniche, consultate a proposito di temi specifici, anziché lette per trarne spiegazioni generali, sono più fruibili online e in PDF. Su quest'ultimo è anzi possibile cercare per parola, mentre la carta non è navigabile; non a caso i volumi cartacei, che richiedono laboriose ricerche in biblioteca, sono sempre più ignorati a favore dei testi reperibili in PDF, tanto che le opere giuridiche più valide o prestigiose del passato vengono meritoriamente digitalizzate.

La digitalizzazione impone un ripensamento sul ruolo delle riviste in generale, comprese quelle telematiche. Le riviste, infatti, si

giustificavano per la circolazione cartacea del pensiero, in un efficiente assemblaggio, su ogni numero, di tematiche tra loro diversissime. Quest'aggregazione di scritti eterogenei ottimizzava infatti costi di composizione, stampa e distribuzione tipici dell'era cartacea. L'unico filo conduttore tra questi scritti diversi era solo la periodicità di pubblicazione, tramite la quale erano affidati alla tradizionale circolazione cartacea. Anche con la rivista telematica permane quest'eterogeneità dei contributi pubblicati, dispersi su tematiche differenti e le riviste diventano al massimo una garanzia di qualità per i lettori. In esse le direzioni hanno infatti un maggior peso rispetto agli editori, sempre ansiosi di dare alle stampe libri pagati dagli autori, come sopra rilevato.

È uno spunto per valorizzare il ruolo degli autori nel rimpiazzare le antiche funzioni di filtro degli editori aiutando i lettori ad orientarsi (par. 4 in fine) nell'enorme massa di scritti reperibili in rete. L'opportunità offerta dalla tecnologia, per il circolo virtuoso suddetto tra autori e lettori, è oggi la facilissima sostituibilità e integrabilità dei testi pubblicati. Ciò crea spazi per volumi tematici, che partono da un'idea iniziale, già sufficientemente articolata per essere presentata, e si arricchiscono strada facendo. Quest'arricchimento avviene con ulteriori variazioni sul tema e sfumature, sia da parte degli autori originari, sia da altri che si aggiungono. È un po' la rivisitazione della modalità espositiva sperimentata da chi scrive, dal 2003 al 2015, coi limiti del supporto cartaceo, sulla rivista *Dialoghi tributari*. La pubblicazione online in accesso aperto consente oggi di lanciare organici argomenti di discussione, in modo già articolato, ma aperti a una specificazione "in progress". Essi sarebbero un punto di partenza e al tempo stesso un polo di aggregazione per riflessioni ulteriori sul tema; penso a integrazioni con prospettive diverse, dati sociali, comparazioni spazio-temporali, eventi sopravvenuti. Lo scritto potrebbe così rimanere la *punta di diamante* di quel determinato argomento. Questi scritti "sociali" sarebbero pienamente compatibili con la certezza della paternità dei contenuti, rilevante sul piano della

valutazione della ricerca, dell'originalità e degli altri parametri amministrativi (ANVUR e simili istituzioni). L'accesso aperto offre anzi, all'interno delle comunità scientifiche e tra gli interessati all'argomento, un controllo sociale molto superiore ai triti formalismi, commentati al par. 5, delle *peer review* anonime. In pratica si tratta di una *peer review* estesa alla generalità degli studiosi del tema e degli interessati. La messa a disposizione preliminare degli scritti a una platea vasta di studiosi, anche indicando il nome dell'autore, consente di esprimere motivate opinioni sull'esistenza di una sostanza, sulla sua completezza, correttezza etc. Sarebbe possibile cioè sdrammatizzare i giri di parole apparentemente in tema ma senza filo logico, di cui al par. 5, chiarendo quelli involontari e gestendo al meglio quelli volontari, per ridurre i danni. Questa socializzazione della trattazione è particolarmente utile su tematiche troppo sfaccettate per essere affrontate proficuamente da un unico autore, come dovrebbe essere la regola negli "studi sociali". Questa denominazione spiega non solo l'oggetto cui essi si dedicano, ma anche l'inevitabile affinamento con interazioni multiple, anch'esse appunto *sociali*.

La possibilità tecnica di formazione successiva degli scritti oggi consente di raggiungere questi obiettivi. Si può così valorizzare la comunicazione scritta rispetto ad altre audio-video, cinematografiche, televisive e *social* (par. 5 in fine), più immediatamente fruibili e incisive; solo la scrittura consente però gli affinamenti gradualmente dei contenuti indicati sopra, con rielaborazioni e integrazioni cui neppure un maestro di montaggio audio-video potrebbe arrivare. Il testo scritto consente infatti una continua contestualizzazione, e coordinamento, di spunti e riflessioni, con un rapporto costi-benefici alla lunga molto migliore dei suddetti supporti televisivi. Una volta affinate le idee, e raggiunta un'esposizione letterariamente interessante, si potrebbe sigillarla con una pubblicazione cartacea. Quando lo scritto ha cioè raggiunto una fase avanzata di elaborazione, una fluidità espositiva che lo rende gradevole alla

lettura, al testo in *open access* può benissimo affiancarsene uno cartaceo. L'editoria cartacea, del resto, non soffre particolari crisi nelle narrazioni letterarie in senso classico, come poesie e romanzi. Non è solo un omaggio sentimentale alla tradizione secolare dell'editoria cartacea, ma al *piacere della lettura*, maggiore sulla carta, se ben scritta, persino secondo gli studenti.

Questa pluralità e gradualità di esposizioni serve però soprattutto a migliorare il livello della discussione pubblica, rispetto all'emotività letteraria e all'improvvisazione mediatico-politica di cui al par. 2. Poco importa delle vendite, in quanto per lo studioso sociale non rileva l'acquisto del libro, ma la sua lettura. Tuttavia le vendite di volumi cartacei, organici e letterariamente gradevoli, consentono quantomeno di coprire i costi. Visto che *nessun pasto è gratis*, si tratta di spendere lo stesso, o poco più, per pubblicare, ma con un impatto sociale, e un'interazione tra studiosi, di gran lunga migliore, grazie all'attuale tecnologia. Quest'ultima consente cioè un'editoria *in economia*, a costi fissi zero, non spinta dal suddetto bisogno degli editori di stampare qualsiasi cosa a pagamento per tenere in equilibrio i conti. Ciò consente agli autori di essere editori di sé stessi, recuperando il rapporto coi lettori attraverso possibilità d'interazione senza precedenti. L'importante è affiancare alla *socialità* dei contenuti una forma espositiva gradevole, che intercetti il bagaglio culturale degli interlocutori di oggi, e possibilmente di domani. Ulteriori approfondimenti di quest'editoria tematica in accesso aperto su [www.fondazionestudistributari.com](http://www.fondazionestudistributari.com).

# **Sull'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010, in corso di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011**

**di Salvatore Muleo**

*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

## **ABSTRACT**

The tax profiles of companies subject to measures adopted on the basis of the so-called anti-mafia Code pursuant to Legislative Decree no. 159 of 2001 are not always clear and linear.

In particular, a problem arises regarding the application of the art. 31, first paragraph, Legislative Decree 78 of 2010, as converted and then amended, in the course of seizure pursuant to Legislative Decree no. 159 of 2011, perhaps also for the case in which tax deeds are issued after the seizure, but with reference to previous years, and have been challenged.

In particular, doubt exists regarding the possibility of carrying out compensations between tax credits arising after seizure and tax debts also post seizure, despite the provisions of the art. 31, first paragraph, Legislative Decree n. 78 of 2010.

A particular question, which leads us to reflect on the applicability of the institute.

## **SINTESI**

*I profili tributari delle imprese assoggettate a provvedimenti adottati sulla scorta del c.d. Codice antimafia di cui al D.lgs. n. 159 del 2001 non sono sempre chiari e lineari.*

*In particolare, si pone un problema in ordine all'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010, come convertito e poi modificato, in corso di sequestro ex D.lgs. n. 159 del 2011, magari anche per il caso in cui siano emessi atti impositivi in epoca successiva al sequestro, ma con riferimento ad anni antecedenti, e siano stati impugnati.*

*In specie, il dubbio sussiste circa la possibilità di effettuare compensazioni tra crediti tributari insorti post sequestro e debiti tributari sempre post sequestro, nonostante il dettato dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010.*

*Una questione particolare, che induce a riflettere sull'applicabilità dell'istituto.*

## **SOMMARIO**

**1.** La disciplina positiva - **2.** Le diverse interpretazioni possibili  
- **3.** La risposta n. 919-46/2024 all'interpello e le sue criticità

### **1. La disciplina positiva**

Ai fini della disamina della questione occorre prendere come base di partenza la disciplina normativa sancita dall'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010.

Ebbene, in base a detto articolo è ordinariamente disposto il divieto di compensazione per i crediti di cui all'articolo 17, comma 1, del Decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, relativi alle imposte erariali, fino a concorrenza dell'importo dei debiti, di ammontare superiore a millecinquecento Euro, iscritti a ruolo per imposte erariali e relativi accessori, e per i quali è scaduto il termine di pagamento.

Con questa disposizione si deve raffrontare la disciplina speciale stabilita dal D.lgs. n. 159 del 2011.

L'art. 50 D.lgs. n. 159 del 2011, dopo aver stabilito al primo comma la sospensione delle procedure esecutive dei concessionari di riscossione pubblica, al secondo comma dispone che nelle ipotesi di confisca dei beni, aziende o partecipazioni societarie sequestrati, i crediti erariali si estinguono per confusione ai sensi dell'articolo 1253 del Codice civile. E poi aggiunge nel periodo successivo che "entro i limiti degli importi dei debiti che si estinguono per confusione, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31, comma 1, del Decreto-Legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122".

La norma, di non particolare fattura e chiarezza, non si occupa espressamente del sequestro disposto in applicazione del D.lgs. n. 159 del 2011, ma solamente della confisca, in relazione alla quale, con ovvia disposizione, ha previsto l'estinzione per confusione dei crediti erariali, per via della sopravvenuta coincidenza tra soggetto attivo e soggetto passivo del rapporto in seguito alla confisca medesima.

\*\*\*\*\*

## **2. Le diverse interpretazioni possibili**

L'interpretazione letterale non appare né piana né agevole. L'ermetica statuizione secondo cui "entro i limiti degli importi dei debiti che si estinguono per confusione, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31, comma 1, del Decreto-Legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122" difficilmente può riferirsi alla confisca. Ma bisogna percorrere questa ipotesi interpretativa, che non è priva di addentellati giurisprudenziali, come si dirà appresso. Proprio per via

della confusione<sup>1</sup> tra debiti e crediti erariali, che interviene *ex lege* allorquando è disposta la confisca, all'epoca della confisca la questione della compensazione dei crediti per imposte erariali con i debiti risultanti allo stesso titolo appare difficilmente prospettabile, poiché i crediti estinguibili in quel momento sono già estinti per confusione e, per la parte rimanente, occorre considerare che si è in sede di riparto.

È ben vero che Cass. n. 15601 del 22 luglio 2020 ha sottolineato come *“questa Corte ha già chiarito che «il fatto che l'estinzione dei debiti avvenga nei limiti in cui si verifica la confusione si evince dal D.lgs. n. 159 del 2011, art. 50, comma 2, seconda parte» (disposizione nella quale è oggi trasfusa la norma invocata dal ricorrente) ove si prevede che le limitazioni alle ulteriori compensazioni valgono solo per gli importi che non si estinguono per compensazione. Ne consegue che l'estinzione del credito erariale nel caso che occupa può avvenire solo nei limiti in cui il credito stesso abbia trovato capienza nel patrimonio della società oggetto di confisca (Cass. 03/01/2019, n. 56)”*. Questo enunciato è stato poi ripetuto in Cass. nn. 28699 e 28717 del 18 ottobre 2021, Cass. n. 3356 del 03/02/2022.

Il principio su cui le sentenze si sono focalizzate è che il rapporto tra l'Erario e il debitore si conclude, ma nel limite del valore assegnato nel riparto.<sup>2</sup>

Ma, sebbene tali sentenze non abbiano trattato il tema delle compensazioni in pendenza di sequestro ex D.lgs. n. 159 del 2011, purtuttavia, esse hanno assegnato al secondo periodo dell'art. 50, secondo comma, citato, una funzione che riconoscerebbe al dettato normativo stesso una operatività nel caso della confisca. Operatività che è difficile intravedere (poiché, allorquando interviene la confisca,

---

<sup>1</sup> L'Agenzia delle Entrate, con risposta del 16/09/2013 ad un'istanza di interpello del 14/08/2013, ha concluso che l'estinzione delle obbligazioni tributarie per confusione avviene per tutti i debiti di natura erariale.

<sup>2</sup> Cfr. F. CIMINO, *L'estinzione dei crediti erariali per confusione a seguito della confisca dei beni*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2022, pp. 61-62.

vi è una cessazione delle attività di conservazione e si effettua la fase del riparto, che fisiologicamente esclude le compensazioni), ma della cui lettura ad opera della Suprema Corte occorre prendere atto.

Se così fosse – e cioè se il secondo periodo del secondo comma dovesse esser letto effettivamente come riguardante l'ipotesi della confisca – occorrerebbe domandarsi se il silenzio del legislatore del D.lgs. n. 159 del 2011 sul sequestro possa esser colmato facendo ricorso all'istituto dell'analogia, applicando così anche per il sequestro la regola posta per la confisca. Ovvero, al contrario, se la previsione espressa per la confisca non sottenda la volontà del legislatore di non disciplinare in egual maniera il divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010 per il sequestro.

Si tratterebbe di applicare, cioè, gli ordinari canoni interpretativi.

Questi essendo gli elementi da esaminare, il criterio interpretativo *ubi voluit dixit* potrebbe apparire in qualche modo sminuito dalla (generalmente riconosciuta) mancata compiutezza dei profili fiscali da parte del legislatore del D.lgs. n. 159 del 2011 per le imprese assoggettate ad esso.

L'applicazione analogica della regola posta dall'art. 50, secondo comma, secondo periodo, D.lgs. n. 159 del 2011 potrebbe invece trovare un forte appiglio nella disposizione di cui all'art. 104-*bis*, comma 1-*bis*, disp. att. Al C.p.p., secondo cui "In caso di sequestro disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del Codice, o di confisca ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al Titolo IV del Libro I del citato Decreto legislativo". Esprimendo così una compatibilità strutturale tra le regole di cui al Titolo IV D.lgs. n. 159 del 2011 (che inizia proprio con l'art. 50 in esame) ed il sequestro disposto ai sensi dell'art. 321 comma 2 C.p.p.

L'altra opzione interpretativa consiste invece nel riferire la previsione dell'art. 50, secondo comma, secondo periodo, del D.lgs. n. 159 del 2011 all'altro istituto contemplato nel corpo delle disposizioni, vale a dire al sequestro. La dizione entro i limiti degli importi dei

debiti “che si estinguono per confusione” si intenderebbe come facente riferimento ai debiti “che potranno” estinguersi per confusione ovvero “che saranno estinguibili” a tale titolo. Essendo il sequestro funzionale alla confisca, cronologicamente ad essa propedeutico e disciplinato nello stesso D.lgs. n. 159 del 2011, la norma, letta così, lo ricomprienderebbe e disapplicherebbe in tal caso l'ordinario divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010.

Detta opzione non è priva di logica, come si vedrà appresso, ma comporterebbe in certo modo una lettura non esattamente letterale della norma. Con le perplessità che conseguono in base agli ordinari canoni interpretativi circa il superamento del dato letterale.

Una conferma potrebbe cogliersi con l'interpretazione sistematica.

La disciplina del D.lgs. n. 159 del 2011 provoca, in ragione dei rilevanti interessi pubblici in gioco, un vistoso impatto nella gestione delle imprese in via ordinaria, causando tra i soggetti gerenti una dissociazione notevolmente simile, anche se non identica, a quel che avviene nelle dinamiche fallimentari.

Esiste quindi una rilevazione dei debiti dell'impresa alla data dell'intervento giudiziale, con riferimento alla quale gli organi giudiziari hanno una funzione di controllo, ed è del tutto separata la vicenda dei debiti insorti durante la procedura.

In tale quadro di separazione delle gestioni e di decisivo intervento degli organi giudiziari, la disapplicazione dell'ordinario divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010 per i debiti d'imposta relativi al periodo antecedente al sequestro (e quindi alla confisca) apparirebbe coerente sia con il sistema di accertamento dei debiti antecedenti il sequestro medesimo (mediante insinuazione al passivo, controllo giudiziale e liquidazione secondo l'ordine delle preferenze stabilite dalla legge) sia con la necessità di impedire che uno dei creditori (sia pur l'Erario) acquisisca vantaggi successivamente al sequestro in danno degli altri ed in spregio dei provvedimenti giudiziali sullo stato passivo. Sia, ancora, con la

generale sospensione delle procedure a carico dell'impresa del preposto, dalla quale è possibile desumere il superamento delle tutele individuali e l'affidamento delle valutazioni sulle attività da svolgere in corso di sequestro agli organi della procedura.

Rispettando il principio di separazione sancito dalla norma speciale del D.lgs. n. 159 del 2011, la valutazione delle ragioni dei creditori ed il loro soddisfo sono così affidati agli organi giudiziari della procedura in una forma di liquidazione che supera le iniziative individuali, che per l'appunto sono bloccate ed interdette.

La permanenza del divieto di compensazione tra crediti verso l'Erario post sequestro e debiti erariali ante sequestro non avrebbe ragion d'essere in termini di tutela degli interessi erariali quanto alla riscossione, poiché anche le potestà ordinarie in tema di procedure esecutive di riscossione sono sospese *ex lege* in pendenza di sequestro. L'assegnazione di somme al creditore-fisco prescinde, in tal caso, da ogni volontà dell'ex gerente dell'impresa (il proposto) ed è affidata esclusivamente agli organi della procedura, che la eseguono secondo i dettami della Legge speciale. L'attribuzione di un'utilità aggiuntiva al creditore-Fisco ante sequestro mediante l'imputazione di somme generatesi con attività effettuate post sequestro sarebbe quindi eversiva rispetto al piano di riparto redatto dagli organi della procedura.

È chiara peraltro in giurisprudenza l'assoluta cesura tra la gestione *ante* sequestro e quella *post* sequestro.

In specie, la Corte di Cassazione ha avuto modo di ribadire, con la sentenza n. 5865/2019, che il criterio della *par condicio creditorum*, comune alle procedure fallimentari, non è stravolto dalla presenza di ragioni creditorie dell'Erario, presenza dalla quale non si deve dedurre una ragione di prededuzione su quei crediti stessi.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> "...Secondo il Collegio, la ricostruzione operata dal Tribunale milanese, secondo cui anche il credito erariale va accertato secondo le disposizioni di cui agli artt. 57 e seguenti del D.lgs. n. 159/2011, salvo estinguersi per confusione una volta accertato nella sua esistenza nel grado di privilegio, è perfettamente aderente alle coordinate di un sistema improntato alla tutela della *par condicio creditorum* nella quale la particolare disciplina della confusione estintiva in ragione della coincidenza

Non parrebbe sistematicamente incoerente pertanto che l'amministratore giudiziario in corso di sequestro - mentre provvede ordinariamente agli adempimenti tributari di contabilità, dichiarazione e versamento<sup>4</sup> - potesse procedere ad effettuare le compensazioni consentite dalla legge, senza il filtro dell'art. 31, primo comma, D.L. 78 del 2010. Filtro che rimarrebbe sospeso per la durata della procedura di sequestro ex D.lgs. n. 159 del 2011.

L'interpretazione sistematica, tuttavia, è strumento non principale ai fini ermeneutici, dovendosi preferire l'interpretazione letterale e potendosi frequentemente, nell'interpretazione sistematica, rinvenire delle logiche che possono portare a risultati divergenti.

\*\*\*\*\*

### **3. La risposta n. 919-46/2024 all'interpello e le sue criticità**

Da quanto sopra esposto, è emerso come la soluzione dell'applicabilità della previsione di cui all'art. 50, secondo comma, secondo periodo, D.lgs. n. 159 del 2011, pur prospettabile per le ragioni su esposte, non sia per nulla pacifica e la soluzione interpretativa sia tutt'altro che univoca.

---

della qualità di creditore e debitore presuppone però la valutazione comparativa dei titoli vantati dai terzi. Il rischio paventato dal ricorrente, ossia che il compendio confiscato sulla relazione bancaria risulterebbe aggredibile dai terzi creditori, lasciando insoddisfatto il credito vantato dallo Stato, pur teorico, è del tutto conforme ai principi generali dell'ordinamento, mentre sarebbe la diversa soluzione propugnata, che sacrifica sempre e comunque, a prescindere dalla tipologia delle cause di prelazione, i diritti dei terzi creditori, a manifestare seri dubbi di tenuta costituzionale. La regola di cui all'art. 50 del D.lgs. n. 159/2011 intende disciplinare solo le modalità di estinzione (per confusione) dei crediti erariali suscettibili di essere fatti valere sui beni confiscati. La tesi propugnata dal ricorrente finirebbe con l'assegnare a tale disposizione l'impropria valenza di riconoscimento di credito in prededuzione, che rappresenta invece una ipotesi del tutto eccezionale in deroga alla *par condicio*, tanto più se attribuita a un credito non contratto nell'interesse e nel corso della procedura concorsuale e in difetto di una specifica e inequivocabile norma di legge in tal senso, come appare lecito ritenere argomentare sistematicamente dall'art. 111 della Legge fallimentare" (sottolineatura nostra).

<sup>4</sup> Come ricorda l'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 114/E del 31-08-2017, "resta ferma, durante la vigenza del procedimento cautelare, l'imprescindibilità degli obblighi contabili, dichiarativi e di versamento a carico dell'amministratore giudiziario, la cui inosservanza può rappresentare comportamento sanzionabile per lo stesso".

Per giunta, su questo specifico tema della compensazione delle imposte<sup>5</sup> nel sequestro non sono noti contributi dottrinari, né arresti giurisprudenziali né indirizzi di prassi, atti a confortare il comportamento degli amministratori giudiziari,<sup>6</sup> essendosi invece diretti tutti questi apporti sui temi vicini della confisca.<sup>7</sup>

Esiste però la recente risposta della DRE Calabria n. 919-46/2024 ad interpello. Risposta che, pur non essendo condivisibile, è certamente utile a evidenziare le ragioni di una conclusione avversa.

In essa la DRE, dopo aver considerato l'art. 31, comma primo, D.L. n. 78 del 2010, istitutivo del divieto di compensazione, e richiamato la relativa circolare applicativa, pur richiamando diffusamente la Risoluzione n. 70/E del 29-10-2020, ha poi ritenuto che nel sequestro preventivo non si possa applicare il secondo comma dell'art. 50 D.Lgs. n. 159 del 2011 a causa della "differente natura, finalità e durata dei due istituti", poiché:

---

<sup>5</sup> Non è nemmeno chiaro lo spettro delle imposte estinguibili per confusione. Secondo la risoluzione n. 114/E del 31-08-2017, richiamata dalla successiva risoluzione n. 70/E del 29-10-2020, i crediti aventi natura erariale suscettibili di estinzione per confusione sono quelli relativi ad IRPEF, ad IRES, ad IVA, a ritenute alla fonte, ad imposta di registro e alle ipotecarie e catastali, escludendo i crediti relativi a contributi previdenziali e assistenziali, ai tributi locali e ai diritti camerali.

Per quanto concerne l'IRAP, la DRE Sicilia 12-06-2012, n. 39986, e S. CAPOLUPO, *Confisca dei beni ed estinzione dei crediti erariali*, in *Il Fisco*, 2017, n. 38, p. 3644, ne hanno negato la estinguibilità per confusione valorizzando la destinazione regionale del tributo, mentre la DRE Calabria con risposta n. 919-70 del 26 giugno 2017 ad un interpello ha concluso in senso opposto.

Per quanto riguarda i contributi previdenziali, la dottrina (F. CIMINO, *L'estinzione dei crediti erariali per confusione a seguito della confisca dei beni*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2022, p. 58, ove rinvii a P. PURI, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario. Dalla parafiscalità alla fiscalizzazione del sistema previdenziale*, Milano, 2005) ha sottolineato che detti prelievi sono ascritti ora all'area della parafiscalità ora alla nozione di tributo, seppur nella *species* della tassa, o dei prelievi a carattere commutativo o della c.d. imposta speciale.

<sup>6</sup> Lo stesso S. CAPOLUPO, *Confisca dei beni ed estinzione dei crediti erariali*, in *Il Fisco*, 2017, n. 38, p. 3644, ha posto l'accento sulle eventuali responsabilità amministrative e penali sia del contribuente sia dello stesso amministratore giudiziario.

<sup>7</sup> Cfr. ad esempio, S. CAVALIERE, *Il regime fiscale dei beni sequestrati o confiscati*, in AA.VV. (a cura di D. POSCA), *Problematiche gestionali di beni e aziende sequestrate*, Castel San Giorgio (Sa), 2023, pp. 390-391.

- il sequestro si caratterizzerebbe per la sua temporaneità, al contrario della confisca, contraddistinta dalla definitività:
- ancora, il sequestro avrebbe natura cautelare provvisoria, mentre la confisca avrebbe il carattere della definitività;
- gli amministratori giudiziari sarebbero già agevolati dalle regole di cui all'art. 50, primo comma, D.lgs. n. 159 del 2011, a mente del quale le procedure esecutive, gli atti di pignoramento e i provvedimenti cautelari sono sospesi nelle ipotesi di sequestro di aziende o partecipazioni societarie, e quindi tale norma consentirebbe loro "di dedicarsi ai già difficili aspetti operativi aziendali, senza l'ulteriore incombenza di gestire, in assenza dello strumento della compensazione, le posizioni debitorie in carico agli enti della riscossione e le conseguenti azioni esecutive".

La conclusione non è convincente. I primi due argomenti - che poi in realtà costituiscono due profili dello stesso argomento - sono irrilevanti ai fini della decisione. La differenza strutturale enfatizzata dalla DRE esiste certamente, poiché altrimenti si avrebbe un unico istituto. Ma esiste un altro tratto comune al sequestro ed alla confisca, che invece è stato trascurato nella risposta ad interpello: la frattura tra proprietà dell'impresa e la sua gestione (frattura provvisoria nel sequestro e definitiva nella confisca) o, in altri termini, lo spossessamento che interviene in entrambi i casi. Accompagnato dalla volontà statale di agire sulle imprese in modo chirurgico, per non distruggere tutto ciò che gravita intorno ad esse, quanto ai terzi in buona fede e specialmente ai lavoratori impiegati.

Nemmeno il terzo argomento è convincente. In esso si sottolinea la comunanza della considerazione di entrambi gli istituti di sequestro e confisca nel primo comma dell'art. 50 D.lgs. n. 159 del 2011, ma poi si ritiene che il blocco delle procedure esecutive etc. possa già esser sufficiente per alleviare il compito degli amministratori giudiziari. Come se per gli amministratori giudiziari fosse già un sollievo dai loro compiti (e dovesse esser sufficiente) non occuparsi delle procedure esecutive intraprese dagli enti di riscossione.

Ma la ragione per la quale il divieto di compensazione dovrebbe reputarsi insussistente nei sequestri ex D.lgs. n. 159 del 2011 sta nella similitudine degli effetti (al di là del profilo temporale) e negli altri aspetti sopra illustrati, da cui dovrebbe derivare la possibilità per gli amministratori giudiziari (che peraltro sono terzi con qualifica di pubblico ufficiale) di estinguere le obbligazioni tributarie mediante compensazione anche nel caso di sequestro. Agendo quindi sotto il profilo sostanziale e non sotto quello degli aspetti esecutivi.

# **Partecipazione pubblica maggioritaria e controllo delle società a partecipazione mista pubblico-privata**

**di Mercedes Guarini**

*Ricercatrice di Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

## **ABSTRACT**

After analysing the identifying elements of the Institutionalised public-private partnership (PPPI) and differing this corporate type from that one in which the peculiarities of the private shareholder's participation doesn't characterized the type of this corporate, the paper excludes that majority public participation always qualifies the Institutionalised public-private partnership as a publicly controlled company.

## **SINTESI**

*Partendo dalla individuazione della fattispecie società a partecipazione mista pubblico-privata viene sottolineata la necessità di differenziare tali società dalle società "miste" in cui la "scelta" del socio privato, e conseguentemente il particolare ruolo da attribuire allo stesso nella governance, non sia da considerare elemento qualificante della fattispecie. In tale prospettiva, si esclude che le società a partecipazione mista pubblico-privata, seppur con partecipazione pubblica maggioritaria, debbano necessariamente ascrivere tra le società a controllo pubblico.*

## SOMMARIO

**1.** Delimitazione del campo d'indagine: gli elementi caratterizzanti la fattispecie società a partecipazione mista pubblico-privata - **2.** Una possibile critica agli orientamenti in tema di illegittimità della detenzione di una partecipazione pubblica in assenza di controllo pubblico - **3.** Sull'emersione di una connotazione sostanzialistica del controllo pubblico - **4.** Segue. L'irrilevanza della mera partecipazione pubblica maggioritaria ai fini del controllo pubblico

### **1. Delimitazione del campo d'indagine: gli elementi caratterizzanti la fattispecie società a partecipazione mista pubblico-privata**

Il Testo unico delle società partecipate (di seguito T.u.s.p.)<sup>1</sup> non

---

<sup>1</sup> Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, approvato con il D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (di seguito T.u.s.p.), sicuramente costituisce un tassello importante della riforma "amministrativa" anche se devono condividersi le critiche sollevate sia in relazione ad alcune "sviste" (che comproverebbero la sciatteria e trasandatezza di un legislatore poco interessato alla qualità di ciò che produce e più interessato al segnale politico che con la legge prodotta si vuole manifestare, così C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO - F. VESSIA, Milano, 2017, pp. 16 e ss.) sia per la formulazione di alcune disposizioni che hanno fin da subito sollevato non pochi dubbi interpretativi; dubbi che, per quel che attiene alla presente indagine, attengono alla stessa individuazione della fattispecie "società a partecipazione mista pubblico-privata" e alla stessa definizione del controllo pubblico avuto particolare riguardo al controllo pubblico congiunto. Gli obiettivi fondamentali del T.u.s.p. sono stati il riordino della disciplina e la riduzione del numero delle società (per l'elevato numero soprattutto in ambito locale); riordino resosi necessario per l'intenso susseguirsi di interventi normativi aventi finalità eterogenee (contenimento della spesa, anticorruzione, apertura alla concorrenza, ecc.) che avevano disciplinato anche molti aspetti dell'attività e dell'organizzazione delle società pubbliche, a volte frammentariamente e in modo incoerente o comunque dando luogo ad un regime di difficile interpretazione e, dunque, di attuazione ed effettività. Per una sintesi delle problematiche delle società a partecipazione pubblica ante riforma e per quelle aperte (o non risolte) dal Testo unico, v. G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, con il coordinamento di F. CINTIOLI - F. FRENI - A. POLICE, Milano, 2018, pp. 3 e ss., che critica anche l'eccessiva diversificazione di

definisce le società a partecipazione mista pubblico-privata.<sup>2</sup> Il termine è invero utilizzato dal T.u.s.p. nell'art. 17; articolo richiamato (quanto al procedimento da rispettare per la scelta del socio privato)<sup>3</sup> dalla lett. c) dell'art. 4 T.u.s.p. che, a sua volta, individua quali possibili attività (da affidare alla società aggiudicataria), quelle volte "alla realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero

---

*species* di società a partecipazione pubblica che si rinvencono nello stesso Testo unico che dunque non può intendersi come configurante una disciplina unitaria e integralmente applicabile a tutte le società pubbliche atteso che la fattispecie della "società pubblica" si articola in una pluralità di sub fattispecie con conseguenti ricadute sulla disciplina applicabile, così C. IBBA, Introduzione, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai D.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA - I. DEMURO, Torino, 2018, pp. 2 e ss., 9; per G. ROSSI, Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico, in *Le «nuove» società partecipate e in house providing, cit.*, pp. 33 e ss., per le numerose distinzioni interne ed eccezioni introdotte è da ritenere impropria la stessa qualificazione come Testo unico della normativa del D.lgs. n. 175/2016. Attuando le indicazioni dell'art. 18, comma 1, lett. b), della Legge 7 agosto 2015, n. 124 (di seguito Legge delega), si conferma lo sfavore per l'impresa pubblica in forma societaria e ciò come scelta di politica interna non imposta dal diritto europeo che, com'è noto, ha un atteggiamento di "neutralità" rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese. I casi in cui le partecipazioni societarie sono consentite vengono limitati drasticamente introducendo non solo un vincolo di "scopo" ma anche di "attività"; sfavore cui si è cercato (in qualche modo) di porre rimedio con il decreto correttivo (D.lgs. n. 100/2017) che introduce non poche eccezioni alle attività esercitabili dalle società partecipate. In generale, sulla riforma introdotta dal Testo unico, oltre agli autori che saranno in seguito richiamati, v. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, 2016, pp. 3 e ss., a cui si rimanda anche per una ricostruzione delle numerose disposizioni speciali e delle "norme settoriali" che negli ultimi anni hanno riguardato le cosiddette "società pubbliche", nonché i contributi raccolti in: F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2023; C. IBBA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Milano, 2019; G. MEO - A. NUZZO (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016; G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel D.lgs. n. 175/2016*, Milano, 2017; C. D'ARIES - S. GLINIANSKI - T. TESSARO, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175*, Rimini, 2016; F. CINTIOLI - F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, Bologna, 2017; R. GAROFOLI - A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società partecipate, con il coordinamento di F. MASSA FELSANI*, Molfetta, 2018; F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016; F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ - R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche. Fenomenologia di una fattispecie*, Napoli, 2020; ed ancora: A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Torino, 2018; R. MICCÙ, *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019; A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione*

all'“organizzazione” e “gestione” di un servizio d'interesse generale”.<sup>4</sup> La citata norma sembrerebbe riferirsi alle ben note ipotesi delle società miste affidatarie di “appalti” o “concessioni” con procedura della c.d. gara a doppio oggetto e, sicuramente, rappresenta una disposizione innovativa perché introduce una disciplina di carattere generale per tali società.<sup>5</sup> L'affidamento a società a partecipazione mista pubblico-privata (il cui socio sia appunto individuato secondo la

---

pubblica, Napoli, 2017; L. GENINATTI SATÈ, Il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 8, pp. 835 e ss.; G. BRUZZONE, Riordino della disciplina delle società partecipate: le sfide da affrontare, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, cit., pp. 27 e ss.

<sup>2</sup> Il legislatore definisce: le società a partecipazione pubblica (come *genus* a cui ricondurre “le società a controllo pubblico) nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico” (art. 2, lett. n) e le società a controllo pubblico (combinato disposto dell'art. 2, lett. m) e lett. b). Non vengono definite nemmeno le società “miste” e le ragioni della mancanza di una specifica definizione di società mista vengono esplicitate dal Consiglio di Stato nel par. 3, II, del parere sullo schema di Decreto legislativo recante il Testo unico in materia di società partecipate (Cons. Stato, Ad. Comm. spec., 16 marzo 2016, n. 438 - n. pubb. e sped. 968/16 - (21 aprile 2016), in *Foro amm.*, 2016, 4, pp. 900 e ss., 916, secondo cui: «Non si ritiene opportuno introdurre nella classificazione l'elemento di distinzione fondato sull'entità della partecipazione e quindi inserire, in particolare, le società miste, trattandosi di un elemento di possibile valenza trasversale». Le società miste, quindi, rientrano sicuramente nel *genus* delle società a partecipazione pubblica e ben possono rientrare nella categoria delle società a controllo pubblico.

<sup>3</sup> Ulteriore richiamo è quello effettuato per estendere alle società dallo stesso disciplinate parte della normativa prevista in generale per le società a partecipazione pubblica (il riferimento è in particolare all'art. 5, comma 1, T.u.s.p., che appunto estende l'onere di motivazione analitica (dell'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica e dell'acquisto di partecipazioni) anche alle società dei cui all'art. 17.

<sup>4</sup> Tali attività venivano ricondotte al contratto di partenariato di cui all'art. 180 del D.lgs. n. 50/2016, così come definito dell'art. 3, lett. e), dello stesso Decreto, che è stato abrogato dal D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito Nuovo codice dei contratti pubblici), recante “Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici. L'originaria formulazione della norma (nel definire l'ambito applicativo della disciplina dell'art. 17) richiama dunque le sole attività di cui all'art. 4, comma 2, lett. c). Successivamente, con il Decreto correttivo (D.lgs. n. 100/2017), il legislatore si è riferito “genericamente” alle società a partecipazione mista pubblico-privata sollevando non pochi dubbi interpretativi circa l'estensione dell'oggetto delle attività affidabili a tali società nonché ancor più in generale circa l'estensione di (parte) della disciplina (di cui all'art. 17 T.u.s.p.) a tutte le società in cui vi fosse una “coabitazione” tra socio pubblico e socio privato. In sintesi, i primi

procedura dell'art. 17 T.u.s.p.) viene poi individuato quale una delle "modalità" di gestione del servizio pubblico locale che gli Enti locali (e gli altri enti competenti) possono scegliere per organizzare servizi pubblici locali che si ritengano da affidare (a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori)<sup>6</sup> nel rispetto del diritto dell'Unione

---

dubbi sono stati sollevati già avuto riguardo alla originaria formulazione dell'art. 17 T.u.s.p., nella parte in cui limitava le previsioni in esso contenute alle società costituite per le finalità di cui all'art. 4, comma 2, lett. c), e cioè: alla *"realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del D.lgs. n. 50 del 2016"*. I dubbi sono stati ricondotti alla stessa ricostruzione del "contratto di partenariato pubblico-privato" di cui era pacifico facessero parte le concessioni ma non gli appalti (diversamente dalle indicazioni provenienti dal Libro Verde del 30 aprile 2004 - COM(2004) 327 def.) "Relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" (di seguito Libro Verde) e dal diritto europeo degli appalti e concessioni che ricomprendevano nell'unica categoria del partenariato contrattuale sia gli appalti che le concessioni, ciò in quanto solo le concessioni erano invero caratterizzate da un trasferimento del rischio in capo al contraente, mancando nei contratti di appalto quella "volontà collaborativa" di realizzare una comune iniziativa, cfr., M.P. CHITI, Il partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni, in *www.studiolegalechiti.it*, 2015; G.F. CARTEI, Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale, in *Urb. e app.*, 2011, 888; F. MATALUNI, *Sub art. 4*, in *Il Testo Unico sulle società pubbliche, cit.*, p. 66, che sollecitava la necessità di un coordinamento tra quanto prescritto dall'art. 17, comma 1, e quanto prescritto nella lett. c) dell'art. 4, comma 1, T.u.s.p.; il tutto per rendere le disposizioni coerenti con la disciplina contenuta nel codice di contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 50 del 2016. A tale problema di coordinamento avrebbe inteso rimediare il decreto correttivo del 2017 (art. 11 D.lgs. 16 giugno 2017, n. 100) sostituendo la suddetta locuzione con quella più generale: *"Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata"*, senza però apportare alcuna modifica alla succitata lett. c). Modifica interpretata (dalla maggior parte della dottrina) come possibilità per la società mista in senso stretto di svolgere tutte le attività ammesse per le società a partecipazione pubblica dall'art. 4, comma 2, del T.u.s.p., che possano costituire oggetto di contratti pubblici; cfr. N. AICARDI, Società miste e affidamento di contratti pubblici, in *Giur. comm.*, 2020, 4, pp. 756 e ss.; in tal senso sembrerebbe orientato anche C. IBBA, La tassonomia delle società a partecipazione pubblica, in *Le imprese a partecipazione pubblica*, a cura di G. PRESTI - M. RENNA, Milano, 2018, pp. 17 e ss., 20, secondo cui la citata soppressione è da intendere nel senso di voler estendere la disciplina dell'art. 17 del T.u.s.p. a qualunque società mista, a prescindere dall'oggetto sociale.

<sup>5</sup> Come è noto, le società miste hanno fatto ingresso nel nostro ordinamento con la previsione dell'art. 22, della Legge n. 142/1990, articolo poi confluito nell'art. 113 del T.u.e.l. (approvato con D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) ed abrogato (in uno con gli artt. 112 e 117) dall'art. 37 del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, sul *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica* (di seguito D.lgs. n. 201/2022). In sintesi, tale disposizione prevedeva espressamente solo la

europea.<sup>7</sup> In assenza di una norma “definitoria”, il primo problema attiene, dunque, all’individuazione degli elementi “caratterizzanti” la fattispecie società a partecipazione mista pubblico-privata e, conseguentemente, dell’ambito applicativo della disciplina che si rinviene nel citato art. 17 del T.u.s.p.<sup>8</sup> Prendendo in prestito una terminologia già utilizzata occorre differenziare: le società a

---

costituzione delle società per azioni a partecipazione pubblica locale (esclusivamente maggioritaria) quale forma di espletamento del servizio cui l’ente locale poteva ricorrere qualora si fosse resa opportuna la partecipazione di altri soggetti, pubblici e privati, in relazione al servizio da erogare. Successivamente, con la Legge 23 dicembre 1992, n. 498, venne ammessa anche la società con partecipazione minoritaria dell’ente locale, come pure la forma della società a responsabilità limitata, prevedendo che tali società potessero (oltre che gestire servizi pubblici) realizzare infrastrutture e altre opere d’interesse pubblico. Tale Legge affidava poi l’attuazione a un regolamento approvato (in ritardo) solo con D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533. Un profondo cambiamento dell’iniziale favor riconosciuto alle società miste (per le quali non si riteneva necessario far riferimento a particolari procedure per la scelta del gestore, considerando sostanzialmente le società miste come “mezzo” di gestione del servizio da parte dell’ente) si è avuto con la riformulazione dell’art. 113 del T.u.e.l. e con l’introduzione dell’art. 113-*bis* ad opera della Legge n. 448/2000 (finanziaria per il 2002). Tale normativa introduceva una netta distinzione tra servizi aventi “rilevanza industriale” (per i quali l’erogazione del servizio era da svolgere in regime di concorrenza, attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica) e servizi privi di tale rilevanza per i quali il modello di gestione poteva essere quello dell’affidamento diretto. Distinzione (questa dei servizi aventi rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza) sostituita con la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi di rilevanza non economica con la successiva riscrittura dell’art. 113 (dall’art. 14 del D.L. n. 269/2003, convertito in Legge n. 326/2003). Tale disciplina è stata sostanzialmente sostituita prima dall’art. 23-*bis*, comma 2, lett. b, del D.L. n. 112/2008 (così come modificato dall’art. 15, comma 1, lett. b, del D.L. n. 135/2009, e poi abrogato dal D.P.R. 18 luglio, 2011, n. 113, a seguito del referendum del 12-13 giugno 2011) e successivamente dall’art. 4, comma 12, del D.L. n. 138/2011, a sua volta dichiarato incostituzionale dalla Corte cost. con la sent. 20 luglio 2012, n. 199). Sull’evoluzione delle società miste fino al T.u.s.p., v. R. VITOLO, L’evoluzione normativa dei servizi pubblici locali, in *Id.* (a cura di), *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli, 2016, pp. 21 e ss.; S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali*, Napoli, 2017, pp. 143 e ss.; S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino, 2023, pp. 159 e ss. (da cui si cita) e già in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino, 2011, pp. 121 e ss.

<sup>6</sup> L’art. 14 del D.lgs. n. 201/2022, seppur discorra genericamente di affidamento a società “mista” (quale possibile scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale) opera un rinvio all’art. 16 (dello stesso Decreto) in cui si specifica che le società “miste”, affidatarie dei servizi di interesse economico generale, siano appunto le società a partecipazione mista pubblico-privata il cui socio privato “è individuato secondo la procedura di cui all’articolo 17 del T.u.s.p.”.

partecipazione mista pubblico-privata (di seguito società miste o anche società miste *stricto sensu*) in cui la scelta del socio privato avvenga, attraverso la procedura ad evidenza pubblica della c.d. gara a doppio oggetto, per le sue “qualità” ai fini dell’esecuzione dell’opera o del servizio;<sup>9</sup> le “altre” società miste (di seguito società miste in “senso lato” o a partecipazione mista) quelle in cui la selezione del soggetto privato avviene al fine di consentire un mero investimento di

---

<sup>7</sup> Sempre l’art. 14 del citato decreto, nell’individuare le possibili “scelte” per la gestione del servizio pubblico locale, richiede il rispetto del “diritto dell’Unione europea” anche per l’affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica nonché il rispetto dei “limiti fissati dal diritto dell’Unione europea ove la gestione avvenga con l’affidamento a società in house. L’espressa previsione del rispetto del diritto e/o dei limiti fissati dal diritto dell’Unione attiene ovviamente a quei vincoli e limiti ulteriori e diversi da quelli già recepiti dal nostro ordinamento con la riforma. Per un’approfondita analisi dei vincoli di derivazione europea recepiti dal nostro ordinamento con la riforma del T.u.s.p., v. F. VESSIA, *Vincoli europei alle partecipazioni pubbliche e riflessi societari*, Napoli, 2020. Per una prima analisi del riordino della disciplina dell’organizzazione dei servizi pubblici locali, v. R. CHIEPPA - G. BRUZZONE - A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023; R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023.

<sup>8</sup> Sulla disciplina introdotta dall’art. 17 T.u.s.p., v.: A. CETRA, *Le società a capitale misto pubblico-privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 5, p. 836; G. MONTEDORO - M. GIORDANO, *Le società nel “partenariato pubblico privato”*, in V. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, IV, Milano, 2022, pp. 805 e ss.; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, pp. 1082-1098; ID., *Le società miste*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, cit., pp. 249 e ss.; F. GUERRERA, *Le società a partecipazione mista pubblico-privata (art. 17 T.u.s.p.)*, in *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, cit., pp. 117 e ss.; G.A. FOIS - A. RICCARDI, *La società mista con contratto di partenariato pubblico privato nel testo unico e nel nuovo codice degli appalti*, in *Le società pubbliche*, cit., 2016, pp. 741 e ss.; S. SABLONE, *Sub art. 17*, in *Il testo unico sulle società pubbliche*, cit., pp. 249 e ss.; S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali*, pp. 228-242; M. MALTONI - A. RUOTOLO, *La costituzione di nuova società a partecipazione mista pubblica-privata: statuti delle s.p.a., delle s.r.l., speciali categorie di azioni e patti parasociali (art. 17 T.u., “società a partecipazione pubblica”)*, Studio di Impresa n. 298-2016/I, in *Studi e materiali*, 2017, pp. 231 e ss.; E. CODAZZI, *Le società miste*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai D.lgs. 175/2016 e 100/2017*, cit., pp. 277 e ss.; A. CORDASCO - P. TONNARA, *Le società miste: verso il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato?*, in *www.federalismi.it*, n. speciale 6 (16 novembre 2018); G.P. LA SALA, *Le società a partecipazione mista pubblico-privata*, in *Acqua: bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, a cura di STAIANO, Napoli, 2017, p. 447; C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, pp. 958 e ss., 968-969; V. NERI, *La società mista pubblico-privato*, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., pp. 131 e ss.; V. VARONE, *sub art. 17*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., pp. 375 e ss.

capitale.<sup>10</sup> Del resto, l'art. 7 del Testo unico, nel richiedere l'evidenza pubblica nel caso in cui l'atto costitutivo preveda la partecipazione di soci privati, solleva quanto meno il dubbio che la disciplina, di cui al citato art. 17, sia stata pensata dal legislatore non per tutte le società in cui via sia una coabitazione di soci pubblici e soci privati. Tali società sono state tradizionalmente ricondotte all'unica ipotesi del c.d. partenariato istituzionalizzato per differenziarlo dalle diverse "fattispecie" riconducibili invece al partenariato c.d. "contrattuale";<sup>11</sup>disciplina questa del partenariato pubblico-privato (per il

---

<sup>9</sup> In tal senso: V. DONATIVI, *Le società miste*, *cit.*, p. 251, secondo cui la tesi restrittiva troverebbe conferma sia in considerazioni di carattere storico che in indici normativi; M. MALTONI - A. RUOTOLO, *La costituzione di nuova società*, *cit.*, p. 232, seppur con riguardo alla precedente formulazione dell'art. 17 T.u.s.p., che espressamente richiamava le sole società costituite per le finalità di cui alla lett. c) dell'art. 4: "*realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale*". In tal senso anche la deliberazione della Corte dei conti, Sez. reg. contr. Marche, n. 115/2022/PAR, avente ad oggetto il parere ex art. 5 del T.u.s.p. (deliberazione consultabile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), così come tutte le altre deliberazioni che verranno richiamate; riferimento che di qui in seguito si ometterà dovendo intendersi ogni volta come riportato) che, nel contestare al Comune di aver erroneamente qualificato la costituenda società quale società consortile a partecipazione mista pubblico-privata, chiaramente sottolinea come le caratteristiche della c.d. società a partecipazione mista pubblico-privata siano da rinvenire nella c.d. gara a doppio oggetto e che la normativa dell'art. 17 T.u.s.p., deve intendersi quale peculiare disciplina di tale "fattispecie". Concetto ribadito dal Cons. Stato, 1° settembre 2021, n. 6142, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 163-187, con nota di S. VALAGUZZA, *Un elefante dietro un filo d'erba: il Consiglio di Stato ricorda il perché dell'evidenza pubblica nelle selezioni dei partners delle società pubbliche*, secondo cui la scelta del socio è un elemento identificativo della fattispecie.

<sup>10</sup> La distinzione tra società miste in senso "lato" e società miste in senso "stretto" è da attribuire a V. DONATIVI, *Le società miste*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dalla riforma*, *cit.*, p. 249, che individua: 1) le società che non siano affidatarie di appalti o concessioni e che operino in regime di libera concorrenza sul mercato (campo immobiliare, settore bancario o finanziario o che gestiscono fondi di *private equity*, parchi scientifici o tecnologici) 2) le società affidatarie di appalti o concessioni (non a doppio oggetto) e cioè a seguito di una procedura ordinaria di gara che, però, riguarda la società (partecipata anche da privati) in quanto tale e non per le "qualità" del socio privato cui aggiudicare la quota di partecipazione ed affidare l'esecuzione dell'opera o del servizio; socio che, dunque, non sarà chiamato ad un ruolo operativo se non in eventuale ed ordinario regime di subappalto (società nel settore stradale o in campo fieristico); 3) le società affidatarie di appalti o concessione in regime di *house providing* (ovviamente entro i ristretti limiti in cui è consentita la partecipazione del privato).

<sup>11</sup> Non è questa la sede per ripercorrere la copiosa evoluzione normativa e dottrinale in tema di "Partenariato Pubblico Privato" (di seguito: PPP) formula

raggiungimento di un risultato di interesse pubblico) oggetto di un'importante rivisitazione da parte del nuovo codice dei contratti pubblici;<sup>12</sup> codice che ha, altresì, rivoluzionato in generale lo stesso diritto dei contratti pubblici.<sup>13</sup> Chiaramente recependo le indicazioni provenienti dalla Commissione europea,<sup>14</sup> quale elemento distintivo unitario di tutta la categoria del partenariato, si individua il rapporto

---

giuridica elaborata dalla Commissione europea nel Libro Verde, successivamente oggetto di numerose comunicazioni interpretative (di cui in questa sede si segnala quella relativa all'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI - 2008/C 91/02) che sembra aver ispirato la riforma; sul tema sia consentito rinviare a: F. VESSIA, Vincoli europei alle partecipazioni pubbliche e riflessi societari, *cit.*, pp. 290-318, anche per gli autori ivi citati; R. MININNO, La partecipazione del socio privato alla società a capitale misto pubblico-privato, in *Riv. dir. soc.*, 2022, 4, p. 835, nonché a M.P. CHITI, I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune, in *Il Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di M.P. CHITI, Napoli, 2009, pp. 1 e ss.; ID., Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato, in *Il Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di M.P. CHITI, Bologna, 2005, pp. 7 e ss.; sul tema, anche G. MONTEDORO-M. GIORDANO, Le società nel "partenariato pubblico privato", *cit.*, pp. 805 e ss.

<sup>12</sup> Il D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito D.lgs. n. 36/2023 o nuovo codice dei contratti pubblici) si inserisce nell'attuazione degli impegni assunti dal Governo con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e risponde all'obiettivo, in primis, come dichiarato nella Relazione Illustrativa, 9: «[...] di semplificazione ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il goldplating ovunque possibile [...]». Da evidenziare che la riforma, nel chiaro intento di dare nuova "linfa" al partenariato, ha decisamente invertito (anche da un punto di vista terminologico) l'approccio da cui riguardare le diverse "forme" di collaborazione pubblico-privato. Il nuovo impianto, infatti, coerentemente all'approccio di maggiore discrezionalità ed autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni, che anima tutta la riforma dei contratti pubblici, opera una revisione sistematica rispetto al precedente assetto normativo. Le disposizioni generali in materia di partenariato precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche. In tale prospettiva, il partenariato pubblico-privato non viene più definito come figura "contrattuale a sé stante ma come "operazione economica" nel chiaro intento di ricomprendervi anche fattispecie "atipiche", purché ricorrano i requisiti "necessari" e "caratterizzanti" lo schema del partenariato pubblico-privato, così come puntualmente delineati dal legislatore. La nozione, sicuramente, muove da quella elaborata dalla Commissione europea (a partire dal Libro Verde) dove, dopo aver premesso come il termine partenariato pubblico-privato non sia definito a livello comunitario, vengono individuati gli elementi che "normalmente" caratterizzano le "operazioni" di tale partenariato (v. §1.1). Nell'impianto normativo del D.lgs. n. 50/2016, invece, il contratto di partenariato pubblico-privato era stato definito (dall'art. 3, comma 1, lett. e) come: *"il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella*

(necessariamente di lungo periodo) che deve intercorrere tra il partner privato che (secondo quanto riportato dalla Relazione al nuovo codice dei contratti pubblici) fornirà un servizio al pubblico<sup>15</sup> e il partner pubblico che dovrà definire gli obiettivi e verificare l'attuazione degli stessi.<sup>16</sup>

Il suddetto articolo 17, quindi, in ossequio alle principali problematiche che hanno interessato le società affidatarie di appalti e

*realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".* Gli articoli 174 e 175 del nuovo codice dei contratti pubblici sostituiscono integralmente gli artt. 179, 180, 181 e 182 del D.lgs. n. 50/2016, che contenevano la disciplina generale del partenariato pubblico-privato.

<sup>13</sup> F. CARINGELLA, Prefazione, in M. GIUSTINIANI, *Il Nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo la riforma*, Napoli, 2023, che sottolinea un importante cambio di paradigma politico, ideologico, assiologico e persino fisiologico, consistente nell'aver sottratto il diritto dei contratti pubblici che per anni è stato percepito come branca del diritto della concorrenza (con la conseguenza di ricorrere ad una c.d. concorrenza imposta) per ricondurlo ad un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. Il principio del risultato, quale guida e parametro di legittimità dell'azione amministrativa, segna il passaggio dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata. In sintesi, il nuovo Codice dei contratti pubblici recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 della Direttiva 2014/24/UE, in base al quale, le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi attraverso i tre modelli dell'autoproduzione, dell'esternalizzazione e della cooperazione con altre pubbliche amministrazioni; discrezionalità, dunque, nella decisione sul ricorso al mercato (art. 7 del nuovo Codice dei contratti pubblici) oltre che nella scelta e nella gestione del modello di affidamento. La riforma, in altri termini, concepisce un'amministrazione dotata di una generale autonomia negoziale fondata anche sul principio della fiducia nell'azione pubblica. In tale prospettiva, vengono valorizzati i poteri discrezionali dei funzionari pubblici e si inserisce una perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti (art. 8, comma 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici).

<sup>14</sup> V. § 1.1, Libro verde.

<sup>15</sup> L'art. 174, comma 1, lett. c), testualmente dispone che: *"alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto"*.

<sup>16</sup> Altro elemento identificativo è costituito dal tipo di retribuzione del contraente privato correlato alla gestione dell'opera o del servizio e all'allocazione dei rischi tra le parti contraenti. Sul punto si richiede che la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto provenga in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo che la stessa si assume (art. 174, comma 1, lett. b) e che il rischio operativo, connesso alla realizzazione dei lavori e alla gestione dei servizi, sia da allocare in capo al soggetto privato (art. 174, comma 1, lett. d). Ed è proprio su tale ultimo elemento

concessioni (soprattutto nella misura in cui occorreva distinguerle dalle società in house) è innegabilmente improntato sulle peculiarità della partecipazione del socio privato e ciò giustifica ed impone una necessaria differenziazione in termini di disciplina tra società miste in “senso stretto” e società miste in cui la individuazione del socio privato non è collegata ai requisiti che lo stesso deve possedere.<sup>17</sup>

---

caratterizzante la figura del partenariato, che deve maggiormente prospettarsi il dubbio che la definizione introdotta dal nuovo Codice degli appalti possa (come si legge nella Relazione al nuovo Codice degli appalti *Sub* art. 174) valere quale nuova nozione generale di partenariato pubblico-privato, comprensiva sia del partenariato pubblico-privato contrattuale sia del partenariato pubblico-privato istituzionale o che, comunque, alcune delle citate “componenti” (espressione utilizzata dalla stessa Relazione) debbano necessariamente essere adattate alle peculiarità della fattispecie “societaria” di collaborazione pubblico-privato. Punto cruciale è che nel partenariato c.d. istituzionalizzato mancherebbe la possibilità di allocare “direttamente” il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori e alla gestione dei servizi in capo al soggetto privato, ciò perché il rischio di impresa è propriamente della società e come tale, salva diversa disposizione statutaria, ripartito tra i soci in proporzione al peso delle relative partecipazioni e comunque nel rispetto del divieto del patto leonino.

<sup>17</sup> Per tali ultime società, il T.u.s.p. non introduce una specifica disciplina né dalla formulazione della norma è chiaramente desumibile l'applicabilità alle stesse. La modifica apportata alla formulazione dell'art. 17, comma, 1, lett. a), T.u.s.p. (nella misura in cui discorre genericamente di società a partecipazione mista-pubblico-privata) potrebbe invero anche essere uno degli indici normativi sui quali fondare una possibile interpretazione estensiva dell'ambito applicativo dello stesso articolo che, dunque, si applicherebbe anche alle società miste *lato sensu* intese, così espressamente V. DONATIVI, *Le società miste*, *cit.*, p. 253, a cui si rimanda per un'approfondita analisi degli indici normativi che deporrebbero in senso contrario. La citata modifica del decreto correttivo potrebbe dunque prestarsi ad una duplice interpretazione: da un lato, come riferita alla volontà del legislatore di estendere la disciplina (in materia di deroghe alla governance) anche alle società miste in cui la scelta del socio non avvenga con la procedure della gara a doppio oggetto e per i requisiti dello stesso; dall'altro, come volta ad individuare le attività che possano costituire l'oggetto dell'affidamento alla società a partecipazione mista pubblico-privata; se cioè solo quelle della lett. c) dell'art. 4 o anche le altre materie non rientrate nel partenariato. Interpretazione, quest'ultima, che sarebbe da preferire anche in considerazione delle ragioni del correttivo nella misura in cui rappresenta un adeguamento alle considerazioni rese dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema del Testo unico (Cons. Stato, Comm. Ad. Spec., parte II, punti 4.3. e 15, *cit.*, infra nt. 2); rilievi attinenti all'oggetto delle attività miste *stricto sensu* intese e non in generale all'estensione dell'ambito applicativo della disciplina a tutte le società in cui vi fosse una coabitazione pubblico-privato. Anche a voler aderire ad un'estensione di tale ambito applicativo deve sottolinearsi che la disciplina applicabile potrebbe essere solo quella non collegabile al ruolo da riconoscere al socio privato e, nello specifico, quella che consente di introdurre “forme di tutela rinforzate” rispetto a quelle del diritto societario e individuate dal quarto comma del

Tale modello, in via di estrema sintesi, si caratterizza per una diversa allocazione del ruolo delle due “categorie” di soci. L’interesse pubblico si sostanzierebbe in un maggior potere di controllo e coordinamento funzionale a monitorare costantemente il servizio affidato, dovendo riservarsi al socio pubblico un ruolo che non si limiti all’esercizio di un’attività di indirizzo e supervisione *ab externo* ma che sia più incisiva e che si svolga dall’interno;<sup>18</sup> coordinamento ancor più imprescindibile nel caso in cui si tratti di una pluralità di servizi.<sup>19</sup>

citato articolo. Interpretazione che sarebbe anche coerente con la logica del Testo Unico incentrata ad esaltare la posizione (e protezione) del socio pubblico, così V. DONATIVI, *Le società miste*, *cit.*, p. 252; logica talora anche in termini non del tutto bilanciati rispetto agli interessi, ai diritti (e alle esigenze di protezione) del socio privato.

<sup>18</sup> Così, V. DONATIVI, *Le società miste*, *cit.*, p. 263, che sottolinea come una soluzione più efficace (e sicuramente più coerente con il modello) possa essere quella che attribuisce al socio privato una partecipazione di maggioranza in modo che gli venga assicurato il pieno esercizio del ruolo operativo; ruolo che, potrà anche assicurarsi (pur in presenza di una maggioranza del socio pubblico) attraverso una particolare articolazione statutaria.

<sup>19</sup> Il riferimento è alle società miste *multiutilities* a cui è possibile affidare servizi anche non simultaneamente. Nello specifico, l’art. 17, comma 5, T.u.s.p., prevede che, per ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, la società possa emettere azioni correlate ai sensi del 2350, comma 2, C.c.; costituire patrimoni destinati ovvero essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un’altra società. Strumenti i primi esclusivamente di appannaggio delle società per azioni, i secondi (ancora) di dubbia applicabilità alle s.r.l. e che potrebbero, invece, costituire rispetto all’altra ipotesi (pur ipotizzabile per la s.r.l.) uno strumento da preferire per l’organizzazione della società a partecipazione mista pubblico-privata quale società multiservizi. Quanto alla ulteriore ipotesi utilizzabile anche per la s.r.l. (il riferimento è alle c.d. s.r.l. di gruppo o al gruppo di s.r.l., sul tema v. M. MIOLA, *La s.r.l. di gruppo*, in *Le società a responsabilità limitata*, III, a cura di C. IBBA - G. MARASÀ, Milano, 2020, p. 2117; per F. GUERRERA, *Le società a partecipazione mista*, *cit.*, p. 122, «l’art. 17, comma 5, T.u.s.p. prevede una struttura dell’impresa in forma di “gruppo” e l’assoggettamento della società al coordinamento di altra società, con conseguente applicazione, evidentemente, degli art. 2497 e ss. C.c.». Ipotesi quest’ultima che, però, ipotizza che sia la stessa società a partecipazione mista pubblico-privata ad essere assoggettata all’attività di direzione e coordinamento di altra società lasciando, dunque, almeno terminologicamente impregiudicata la questione della possibilità che siano gli Enti pubblici ad esercitare tale attività e la conseguente applicabilità agli stessi dell’art. 2497 C.c. La definitiva versione del Testo unico – a differenza della prima bozza che, all’art. 12, comma 2, individuava una responsabilità ex art. 2497 C.c. degli enti che esercitassero una attività di direzione e coordinamento, “*nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori delle società partecipate*” – non chiarisce se sia effettivamente applicabile tale disciplina, lasciando, dunque, ancora aperto il problema della sua applicabilità agli enti locali e quale il possibile ambito applicativo. Sul tema v.: C. IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a*

Il ruolo “operativo” (necessariamente da riconoscere al socio privato) nelle società miste in senso stretto dovrebbe perciò richiedere (o quanto meno far ritenere opportuna) una disciplina che quel ruolo esalti, seppur nel corretto bilanciamento della tutela dell’interesse pubblico che la pubblica amministrazione abbia inteso perseguire con la costituzione della società e da cui non potrà prescindere nemmeno ove si eserciti quell’autonomia statutaria pur “ampiamente” consentita dal legislatore.<sup>20</sup>

---

partecipazione pubblica, in *Riv. soc.*, 2015, pp.101 e ss.; Id., Società pubbliche e riforma del diritto societario, in *Riv. soc.*, 2005, pp. 6 e ss.; E. CODAZZI, La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità, Napoli, 2018, pp. 239 e ss., 250 e ss.; Id., Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell’art. 2497, 1° co., C.c., in *Giur. comm.*, 2015, I, pp. 1041 e ss.; Id., Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell’ente pubblico holding, in *Società*, 2021, pp. 827 e ss.; L. MARICONDA, Gli enti pubblici e l’art. 2497, comma 1: un problema (ancora) irrisolto, in *Giur. comm.*, 2022, pp. 56 e ss.; C. GARILLI, La responsabilità dell’ente pubblico per l’attività di direzione e coordinamento sulle c.d. società strumentali, in *Le Società*, 2023, 6, pp. 657 e ss.; F. FIMMANÒ - F. SUCAMELI, Gli indici formali e legali di “controllo pubblico” e i fatti concludenti dell’abuso di eterodirezione, in *Riv. Corte conti*, 2020, 4, pp. 3 e ss.; F. FIMMANÒ, L’abuso di eterodirezione della società pubblica, *ivi*, 2019, 6, pp. 3 e ss.; C. ANGELICI, In tema di “socio pubblico”, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 179; Id., Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 380; V. CARIELLO, Brevi note critiche sul privilegio dell’esonero dello Stato dall’applicazione dell’art. 2497, 1° comma, C.c. (art. 19, 6° comma, D.L. n. 78/2009), in *Le società a partecipazione pubblica, cit.*, p. 176, pp. 182 e ss.; M. CARLIZZI, La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica, in *La governance delle società a partecipazione pubblica nel D.lgs. n. 175/2016, cit.*, pp. 353 e ss.

<sup>20</sup> La questione, in via di estrema sintesi, è quella del ruolo e dei limiti all’autonomia statutaria in tema di governance delle società a partecipazione mista-pubblico privata. Il riferimento è, quanto alla s.p.a., alle clausole derogatorie delle disposizioni dell’art. 2380-bis e dell’art. 2409-novies (al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell’impresa); quanto alle s.r.l., alla previsione dell’attribuzione di diritti ai sensi dell’art. 2468, comma 3, C.c. (sia al socio pubblico che al privato) nonché alla possibilità di derogare l’art. 2479, comma 1, C.c., nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci. Ed è proprio in relazione a tali deroghe, che si sollevano alcuni dubbi sulla conformità o comunque funzionalità al ruolo che il legislatore ha sicuramente voluto riconoscere al socio privato. La norma, infatti, è sicuramente da interpretare nel senso di un “potenziamento” dei poteri del socio pubblico mentre sarebbe stato opportuno anche ammettere clausole che consentissero al socio privato (solitamente minoritario) una maggiore partecipazione nella gestione. Ciò sarebbe stato più conforme alla distribuzione dei ruoli (così come delineata dalle prescrizioni europee) e in linea con quanto emerso dalla prassi che ha evidenziato proprio la necessità di un maggior “coinvolgimento” dello stesso, soprattutto in presenza di una partecipazione pubblica maggioritaria. Coinvolgimento che (il più delle volte) viene

Il carattere strumentale della società mista rispetto al programma negoziale di partenariato incide sensibilmente sulla conformazione della sua struttura organizzativa nonché sulla sua governance<sup>21</sup> e, per il “ruolo” che lo stesso legislatore ha voluto riconoscere al socio privato, deve ammettersi e sarebbe da preferire una governance che, pur in presenza di una partecipazione pubblica maggioritaria, sottrae le società in esame alla “categoria” delle società a controllo pubblico. Ciò anche valorizzando il riferimento che per tali società (seppur solo per le s.p.a.) viene fatto ad un “controllo interno” che si vuole consentire al socio pubblico; espressione questa (del “controllo interno”) che effettivamente sembrerebbe non riferirsi al controllo codicistico di cui all’art. 2359 C.c.<sup>22</sup>

---

assicurato dagli statuti attraverso il “gioco” di quorum deliberativi rafforzati ovvero con la predisposizione di peculiari modalità di nomina degli amministratori ovvero ancora attraverso il “sistema” delle deleghe interne al consiglio di amministrazione e una puntuale indicazione dei limiti dei poteri dell’amministratore delegato, solitamente scelto tra gli amministratori di nomina privata.

<sup>21</sup> Di qui l’esigenza di dettare una peculiare regolamentazione anche sul piano statutario e, all’occorrenza, mediante accordi parasociali, dei rapporti “interni” fra socio pubblico e socio privato inerenti agli assetti proprietari ed al governo della società mista, che lo stesso contratto di servizio non potrebbe, da solo, disciplinare convenientemente. Ed invero, le regole relative alla governance si applicano solo alle società a controllo pubblico mentre per le società meramente partecipate si introducono norme che disciplinano il socio pubblico piuttosto che la società partecipata; sulla strumentalità della società mista rispetto al programma negoziale di partenariato pubblico-privato, v. F. LUCIANI, «Pubblico» e «privato» nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, pp. 719 e ss., in part. 756; F. GUERRERA, Lo statuto della nuova società, *cit.*, pp. 546 e ss.

<sup>22</sup> Non è questa la sede per approfondire la disciplina dei “controlli interni” degli enti locali di cui al Capo III del D.lgs. n. 267/2000, il cui art. 147 (rubricato “Tipologie dei controlli interni”) individua il “sistema di controllo interno” che gli Enti locali, nell’ambito della loro autonomia normativa e organizzativa, devono individuare quale “presidio” per l’osservanza degli obblighi di finanza pubblica oltreché per la salvaguardia dell’integrità e della trasparenza della gestione delle risorse finanziarie pubbliche assegnate. “Vigilanza e controlli sulla gestione” disciplinati anche dall’art. 28 del D.lgs. n. 201/2022. Quanto alle tipologie di controlli e alle specifiche funzioni, v. Corte dei conti n. 23/SezAut/T/2019/FRG, “I controlli Interni degli enti locali”. Per quanto di interesse in questa sede il riferimento è all’art. 147-*quater* (“Controlli sulle società partecipate non quotate”) che attribuisce ad un ufficio appositamente preposto dall’Ente proprietario il compito di definire, nella Relazione previsionale e programmatica, gli obiettivi gestionali, secondo standard quantitativi e qualitativi cui le società partecipate non quotate devono tendere. Obiettivi che dovranno successivamente essere “monitorati” dall’amministrazione al fine di consentire l’indicazione degli eventuali e adeguati correttivi da introdurre, nei casi di

Tale prospettiva impone, altresì, preliminarmente anche di superare l'assunto che le società a partecipazione mista pubblico-privata siano in ogni caso società a controllo pubblico in quanto sussisterebbe sempre un controllo contrattuale ex art. 2359, n. 3, C.c.<sup>23</sup>

---

scostamento dagli stessi. La Corte (richiamando sul tema anche la deliberazione della Corte dei conti, Sez. contr. Sicilia, 292/2016/PRSP) evidenzia, tra l'altro, come *"l'assetto della governance delle società partecipate, debba conformarsi a «basilari principi di sana gestione finanziaria», i quali presuppongono la conoscenza dello stato degli organismi partecipati, le valutazioni di convenienza economica e gestionale degli stessi (anche in termini di costi-benefici), l'adeguatezza degli standard quantitativi e qualitativi prefissati, l'elaborazione e l'attento monitoraggio dei contratti di servizio, la programmazione di coerenti piani industriali e di valide prospettive di sostenibilità economico-finanziaria e gestionale oltre che un flusso informativo costante"*. In sintesi, un proficuo svolgimento dei controlli presuppone necessariamente una governance in cui è fondamentale una "dialettica costante" tra l'Ente proprietario e la società (affinché siano "monitorati" la gestione e i risultati complessivi della stessa, che si riverberano sugli equilibri degli Enti territoriali) ma non richiede obbligatoriamente una posizione dominante. L'importanza di un rafforzamento dei "flussi" informativi e soprattutto l'accesso alla documentazione contabile, gestionale ed organizzativa della società è evidenziata anche dalla deliberazione della Corte dei conti, Sez. reg. contr. Lombardia, n. 199/2018/VSG, che rileva come le irregolarità di tale attività di monitoraggio possano comportare una responsabilità degli amministratori, ai sensi dell'art. 148, comma 4, D.lgs. n. 267/2000; cfr. M. SCOGNAMIGLIO, La responsabilità amministrativa da assenza o inadeguatezza del sistema di controllo interno degli enti locali, in *www.Diritto&Conti.it*; sul tema, tra gli altri, I. CAVALLINI - M. ORSETTI - E. RIVA, Il controllo degli Enti locali sulla gestione delle società partecipate e sull'assolvimento degli obblighi "pubblicistici", in *Azienditalia*, 2021, 10, p. 1645; A. VACCARI, I controlli degli Enti locali sugli organismi partecipati: lo stato dell'arte tra gli oneri di T.e.u.l. e T.u.s.p., la prevenzione della corruzione ed il controllo sui servizi pubblici locali, *ibidem*, 2024, 7, p. 865.

<sup>23</sup> Così F. GUERRERA, La governance delle società a partecipazione pubblica, in *Imprese a partecipazione pubblica*, p. 87; ID., Lo statuto della nuova società, *cit.*, p. 574; nello stesso senso sembrerebbe V. DONATIVI, Le società a partecipazione pubblica, *cit.*, p. 1275, secondo cui, la portata del controllo contrattuale, potrebbe manifestarsi con una certa frequenza proprio nel settore pubblico in virtù della presenza di "certi" contratti di servizio per i quali la società concessionaria finisce per operare esclusivamente nell'ambito di quel rapporto di servizio e la cui sopravvivenza, pertanto, per dipendere dalla sorte dello stesso contratto, ciò a maggior ragione in presenza di clausole contrattuali che prevedendo "direttive" ed "ordini di servizio" con "livelli di vincolatività" determinano una compressione dell'autonomia della stessa società. L'"apice" di tale "dipendenza" si verificherebbe secondo l'A. nel caso di società in house per le quali (anche se solitamente sussiste una partecipazione di controllo interno) non è da escludere a priori una rilevanza del controllo contrattuale sol che si pensi alle fattispecie dell'in house frazionato; sul

Il tema che non può essere approfondito in questa sede è il ruolo da riconoscere al contratto di servizio. Pur nell'innegabile funzione pubblicistica del contratto di servizio (che tanto ha fatto discutere circa la sua natura) si ritiene che i poteri dallo stesso riconosciuti all'ente pubblico socio non possano essere identificati con quei poteri di "gestione" o "eterodirezione" idonei a determinare sempre una carenza di autonomia gestionale della società o comunque una "subordinazione" della società controllata alle scelte degli enti controllanti. Occorre, cioè, distinguere i "poteri amministrativi" degli enti affidanti che il contratto di servizio attribuisce al solo fine di un "controllo sul servizio" dai poteri di "gestione" che consentono un controllo sulla società.<sup>24</sup>

---

tema E. MARCHISIO, L'eterodirezione "pubblicistica", in AA.VV., *Le imprese pubbliche*. A volte ritornano, a cura di C. BRESCIA MORRA - G. MEO - A. NUZZO, *Analisi Giuridica dell'Economia*, Bologna, 2015, 2, p. 442. ID., *Contratti ed «eterodirezione» della società*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, p. 99. In senso dubitativo, M.E. COMBA - F. SUDIERO, *Le società a "controllo pubblico" (congiunto): luci e ombre dal (e sul) codice civile?*, in *Giur. it.*, 2020, p. 391, secondo cui, sulla premessa che il legislatore abbia richiamato anche la fattispecie del controllo contrattuale (di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3) e, in ogni caso, in virtù dell'art. 2, comma 1, lett. b), da considerare quale ipotesi di controllo da influenza positiva (e non di mero veto), ritengono che si darebbe luogo ad una forma di controllo (forse non voluta) di tutti quei soggetti che «in qualche modo dipendono» (in via contrattuale ma soprattutto per legge) dagli enti pubblici. Il riferimento è ad esempio ai soggetti destinatari di finanziamenti pubblici o a quelli le cui decisioni sono prese dagli enti pubblici stessi. Secondo gli A., a tale ultima ipotesi, sarebbero da ricondurre proprio le società che gestiscono *public utilities* che sono soggette alla regolazione dell'Arera e delle diverse normative di settore atteso che l'Autorità di regolazione determina le tariffe, i relativi obblighi e i livelli di qualità del servizio. Contrattazione "eterodiretta" che potrebbe, cioè, "avvicinarsi" ad una forma di controllo in quanto ogni loro modifica inciderebbe sulle scelte gestionali e finanziarie dei soggetti regolati anche se (come sollevato dagli stessi Autori) si tratti di provvedimenti generali e non diretti alle singole società. E ciò, forse, sarebbe già argo-mento sufficiente per escludere il controllo societario. Il tema potrebbe ricondursi alla c.d. «contrattazione conformata», su cui v. S. ZUCCARINO, *Il contratto «conformato» quale statuto normativo del mercato energetico*, Napoli, 2021; A. FERRARA - ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016.

<sup>24</sup> Cfr. TAR Lazio, 19 aprile 2019, n. 5118, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), il quale, pur riconoscendo che *"attraverso il contratto di servizio si attuano poteri e funzioni pubblicistiche, ritiene che gli stessi non siano in quanto tali idonei a configurare la forma di "controllo" invocata, di cui all'art. 2359, n. 3, C.c."*, ritenendo necessario individuare "poteri di controllo interno" sulla gestione della società in quanto tale che legittimerebbero, ai sensi dell'art. 17, comma 4, D.lgs. n. 175/2016, deroga (nel caso di specie non evidenziate) al regime delle società

## **2. Una possibile critica agli orientamenti in tema di illegittimità della detenzione di una partecipazione pubblica in assenza di controllo pubblico**

Posto che la fattispecie della società in esame richiede che al socio privato venga attribuito un particolare ruolo nella governance, occorre preliminarmente vagliare l'opzione interpretativa (sostenuta anche dalla giurisprudenza sia amministrativa che contabile) - volta ad escludere che le società a partecipazione mista pubblico-privata siano necessariamente da ricondurre alla "categoria" delle società a controllo pubblico<sup>25</sup> - alla luce dell'orientamento (del pari più volte ribadito dalla citata giurisprudenza) che si è espresso per l'illegittimità della "detenzione" di una partecipazione "pulviscolare" (seppur maggioritaria) allorquando la stessa non consenta alla pubblica amministrazione di incidere (anche "congiuntamente" con le altre amministrazioni) sul governo della società partecipata al fine di garantirne la funzionalizzazione al soddisfacimento di interessi generali.<sup>26</sup> In altri termini, la legittimità della detenzione di

---

commerciali. Ai fini del controllo pubblico occorrerà dunque provare che il contratto di servizio contenga clausole "ulteriori" che incontrovertibilmente attestino i legami particolari fondanti il "controllo" sulla società.

<sup>25</sup> Sull'argomento v. infra § 4.

<sup>26</sup> In tal senso v. Corte dei conti, Sez. contr. Lombardia, n. 398/2016/PAR, secondo cui non è possibile il mantenimento di una partecipazione societaria di un (singolo) ente pubblico per la realizzazione di "servizi di interesse generale" qualora siffatta partecipazione sia minoritaria. In questi casi, il servizio espletato non può rientrare nella definizione di servizi di interesse generale, non potendo esserne garantita la fruibilità secondo le modalità richieste dal T.u.s.p. Successivamente, il TAR Veneto, 5 aprile 2018, n. 363, in *www.leggiditalia.it*, estende la conclusione della Corte dei conti al caso delle partecipazioni pulviscolari stante l'evidente somiglianza tra il caso dell'unico socio pubblico titolare di una partecipazione minoritaria (analizzato dalla Corte dei conti) e quello dei Comuni resistenti, titolari ciascuno di una partecipazione al capitale sociale. Secondo i giudici amministrativi, le partecipazioni "pulviscolari" non consentono di per sé ai singoli soci pubblici di influire sulle decisioni strategiche della società e tantomeno sulle decisioni attinenti alle modalità di accesso ai servizi e di erogazione di questi. Aderendo al precedente orientamento del Consiglio di Stato, Sez. V, 11 novembre 2016, 4688, in *www.leggiditalia.it*, viene ribadito che: "[...] il rapporto di strumentalità di un ente societario, formalmente privatistico e naturalmente operante nel mercato, rispetto ai fini di interesse pubblico devoluti alla cura dell'Amministrazione partecipante, non dipende dal solo oggetto sociale, ma anche dalle 'modalità' con cui

partecipazioni pulviscolari viene collegata alla (e condizionata dalla) nozione del controllo pubblico “congiunto”.<sup>27</sup>

Le decisioni di cui si darà atto avevano ad oggetto società miste in senso lato ma si ritiene comunque utile una (seppur breve) analisi in questa sede poiché rappresentano un’ulteriore conferma della necessità di differenziare le società miste in senso “lato” dalle società miste in senso “stretto” in cui il socio privato è scelto per le sue “qualità”; sebbene, fin dalle premesse, deve sollevarsi il dubbio che il richiamato orientamento (non essendo del tutto conforme alle prescrizioni dettate dal Testo unico) possa effettivamente accogliersi seppur limitatamente alle società in cui la coabitazione pubblico-privato non sia da ricondurre al c.d. partenariato istituzionalizzato. Le

---

*quest’ultima può esercitare le proprie prerogative di azionista ed indirizzarne e coordinarne l’attività [...]”.* In altri termini, per un’authority amministrativa rileverebbe non solo il “se” sia opportuno partecipare al capitale di una società che eserciti un’attività economica ma anche il “come” la stessa venga svolta e, dunque, quale “influenza” sia possibile esercitare per assicurarne la coerenza con finalità di interesse pubblico. La citata sentenza del TAR Veneto verrà nel merito confermata in appello dal Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, in *www.dejure.it*, seppur con una diversa motivazione cercando (in parte) di superare l’assunto che la qualificazione di un’attività come “servizio di interesse generale” dipenda dalle modalità organizzative con le quali è svolta. Il Collegio invero, correttamente differenziando il profilo relativo alla finalità dell’attività da quello inerente alla dimensione della sua organizzazione, non condivide l’argomentazione dell’appellata sentenza per la quale a una partecipazione pulviscolare non può per definizione seguire lo svolgimento di un servizio di interesse generale ma ne condivide la considerazione secondo cui la partecipazione pulviscolare è inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici di incidere sulle decisioni strategiche della società e quindi di poter effettivamente avere un’interferenza sul c.d. fine pubblico dell’impresa. Si richiede, pertanto, la stipulazione di adeguati patti parasociali ovvero la previsione di un organo speciale (che al pari delle assemblee speciali di cui all’art. 2376 C.c. ovvero dell’assemblea degli obbligazionisti) possa esprimere le volontà dei soci pubblici. Singolare l’aver riconosciuto tale ultima opzione della quale andrebbe verificata (problematica su cui ci si riserva una futura trattazione) la non contrarietà con il divieto di istituire “organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società”, di cui all’art. 11, comma 9, lett. b, T.u.s.p. Divieto che è stato ritenuto come finalizzato in particolare ad impedire l’istituzione dei c.d. comitati di coordinamento delle società pluripartecipate a maggior ragione se aventi poteri di gestione o d’indirizzo, v. F. GUERRERA, Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del T.u.s.p., in *Riv. dir. soc.*, spec., p. 525 (da cui si cita) e già in Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, n. 28 - 2017, in *Studi e materiali*, 2017, pp. 537 e ss.

<sup>27</sup> Problema questo del controllo pubblico congiunto a cui si accennerà nel successivo paragrafo.

prime pronunce (chiamate ad esprimersi in riferimento all'obbligo di dismissione delle partecipazioni minoritarie della pubblica amministrazione; nella specie Enti locali) hanno riguardato la sussistenza o meno della stretta necessità dell'attività di produzione di beni e di servizi di interesse generale alle finalità istituzionali dell'ente.<sup>28</sup> Le citate decisioni sono sostanzialmente argomentate valorizzando l'importanza dell'entità concreta della partecipazione, nell'ottica della capacità dell'Ente pubblico di assicurarsi un'incidenza determinante sul governo della società partecipata.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> In questi casi (partendo dalla definizione di "servizio di interesse generale" di cui all'art. 2, lett. h), del T.u.s.p.), si ritiene che, ove la partecipazione dell'Ente sia minoritaria (ed in assenza di altri soci pubblici che consentano il controllo della società), il servizio espletato non possa ritenersi "servizio di interesse generale" poiché, a prescindere da ogni altra considerazione relativa alle finalità istituzionali dell'Ente, l'intervento pubblico, stante la partecipazione minoritaria, non può garantire l'accesso al servizio, come declinato dal citato art. 2: *"l'accesso al servizio non sarebbe svolto dal mercato, oppure sarebbe svolto a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità e non discriminazione"*. In definitiva, una partecipazione poco significativa non sarebbe in grado di determinare le condizioni di accesso al servizio, che potrebbero legittimare il mantenimento della quota.

<sup>29</sup> Occorre in particolare: verificare se questa partecipazione sia tale da consentire all'Ente di governare verso le succitate finalità istituzionali la società partecipata o, meglio, la sua attività. Laddove questo "governo" non sia possibile, si ritiene che la partecipazione dell'Ente pubblico assuma nei fatti le caratteristiche di un semplice "sostegno finanziario" ad un'attività di impresa che si realizza tramite la sottoscrizione di parte del capitale ma che non si accompagna alla possibilità di indirizzarla verso finalità di "interesse pubblico", così Cons. Stato, 11 novembre 2016, 4688, *cit.* Come meglio si specificherà, è noto come, le diverse interpretazioni in tema di controllo pubblico (e pubblico congiunto) ruotano intorno al rilievo da riconoscere all'effettivo esercizio dei poteri di controllo di cui si fa menzione nell'art. 2, lett. m), del T.u.s.p., nonché ai rapporti tra la definizione di controllo dell'art. 2359 C.c. e quella ricavabile dal combinato disposto delle lett. b) e m) dell'art. 2 T.u.s.p. Il Testo unico valorizza sicuramente una prospettiva "sostanzialistica" del controllo nella quale è l'effettivo esercizio di quest'ultimo a rilevare ai fini dell'individuazione delle società controllate dalla P.A. e, dunque, dell'applicazione della relativa disciplina, secondo quanto emerge anche dal disposto dell'art. 2, lett. m), il quale definisce le *"società a controllo pubblico"* come società in cui: *"una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo"*. Il vero nodo della questione è sicuramente la corretta individuazione dei limiti di questa prospettiva "sostanzialistica". Sul tema, il TAR Veneto, 5 aprile 2018, n. 363, *cit.*, ha ritenuto che il carattere polverizzato delle partecipazioni potrà essere superato solo ove si provi la sussistenza di elementi tali da garantire un controllo congiunto degli enti sulla società, richiamando (nei limiti della "compatibilità" per la presenza di soci privati) quegli indici presuntivi (elaborati dalla giurisprudenza) per il caso del c.d. *in house* frazionato (in cui vi è una società che si pone come "in house" rispetto a più

Orbene, la legittimità di partecipazioni minoritarie o pulviscolari viene ricondotta alla sussistenza o meno di un controllo pubblico e, nel caso di partecipazioni pulviscolari, alla sussistenza o meno di un controllo pubblico congiunto; ciò sebbene l'art. 4 del T.u.s.p., nel vietare alle amministrazioni pubbliche il possesso (diretto o indiretto) di partecipazioni societarie e nell'individuare le partecipazioni societarie eccezionalmente consentite, non sembrerebbe fare alcun riferimento alla situazione di controllo pubblico in cui versì la società partecipata.

In altri termini, ai fini della configurazione della "stretta necessità" dell'attività per le finalità istituzionali delle P.A. (ex art. 4, comma 1, T.u.s.p.), non vi sarebbe alcuna necessità di un controllo delle pubbliche amministrazioni sull'attività della società; controllo, del resto, non richiesto da nessuna disposizione di legge e, quanto ai "servizi di interesse generale", non richiesto dall'art. 2, comma 1, lett. h), del succitato Testo Unico.<sup>30</sup>

Dalle decisioni richiamate emerge, cioè, una certa tendenza della Enti pubblici soci) che, seppur diverso, si ritiene presenti alcune somiglianze rispetto alle partecipazioni pubbliche "pulviscolari". Secondo tale ricostruzione, la prova del controllo pubblico per legittimare la detenzione della partecipazione potrà avvenire solo ove concretamente vi sia una "formalizzazione" in tal senso (attraverso, ad esempio, la sussistenza di patti parasociali, di sindacato, o di previsioni statutarie) che consenta, mediante il controllo congiunto di superare l'impossibilità del singolo Ente di controllare "vita" e "attività" della "holding". Quanto agli indici presuntivi del controllo analogo, v. Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092 in *www.dejure.it*; TAR Lombardia, Sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5758, in *Contr. stato enti pubb.*, 2009, 1, p. 43; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 16 ottobre 2007, n. 9988, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

<sup>30</sup> Lo stesso Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, *cit.*, pur arrivando a confermare l'obbligo di dismissione di una partecipazione minoritaria ha cura di precisare che la qualificazione di un'attività quale servizio di interesse generale prescinda dalle modalità organizzative con le quali è svolta, non potendosi dunque concludere che "*ad una partecipazione a dimensione quantitativa pulviscolare non [possa] per definizione seguire lo svolgimento di un servizio di interesse generale*"; e però poi non sembra giungere ad una motivazione coerente con tale premessa laddove precisa che la mancanza di un coordinamento formalizzato, mediante strumenti negoziali, tra le amministrazioni partecipanti, ciascuna con una partecipazione di minoranza deve considerarsi rilevante, quale modalità organizzativa del servizio, nella prospettiva della legittimità dell'esercizio della funzione amministrativa da parte dell'ente pubblico; non potendo tuttavia per ciò solo essere ritenuta indicativa della mancanza di un controllo pubblico congiunto sulla società.

giurisprudenza (in ciò confortata dalla fumosa nozione della stretta necessarietà e dall'assenza di puntuali criteri volti a circoscrivere la stessa) a ricorrere alla definizione del controllo pubblico che ha invece ben altre finalità: di applicare e/o escludere lo statuto speciale delineato dal Testo unico per le società in controllo pubblico e individuare le "partecipazioni indirette" soggette agli obblighi di ricognizione e razionalizzazione. Quel che in questa sede preme evidenziare è che (dalle richiamate decisioni) sembrerebbe emergere una fuorviante tendenza (forse per un'eccessiva preoccupazione della giurisprudenza contabile a contenere e razionalizzare la spesa pubblica) a ricorrere alla nozione di controllo pubblico<sup>31</sup> per motivare decisioni che avrebbero potuto trovare ben altre giustificazioni.

Il requisito della "stretta necessità" dell'azionariato pubblico alle finalità istituzionali della pubblica amministrazione, da requisito che deve essere verificato caso per caso, viene a priori escluso ove non sussista un controllo pubblico sulla società partecipata. La stessa nozione di controllo pubblico (e pubblico congiunto) non è pacifica e,

---

<sup>31</sup> Seppur le citate decisioni (per l'oggetto del giudizio) non prendono alcuna netta posizione circa la corretta individuazione della definizione della società a controllo pubblico sono sicuramente influenzate dalla stessa e saranno richiamate dalla successiva giurisprudenza ora per restringere ora per ampliare la nozione di società a controllo pubblico. In tal senso, la delibera della Corte dei conti n. 11/SSRRCO/QMIG/19 delle Sezioni riunite in sede di controllo che - dopo aver specificato come le sentenze sottoposte ad esame (TAR Veneto 363/2018 e Consiglio di Stato n. 578/2019, citate nella delibera di remissione) siano intervenute a valutare, ai fini del sindacato di legittimità su provvedimenti di razionalizzazione societaria (ex art. 24 T.u.s.p.), il differente profilo nella prospettiva dell'ente socio (non della società) della stretta inerenza della partecipazione societaria alla missione istituzionale di quest'ultimo (art. 4 T.u.s.p.) e non quello relativo all'ambito di estensione della nozione di "società a controllo pubblico" - superano l'orientamento di una necessaria "formalizzazione" del controllo pubblico congiunto (richiesto dalle sentenze richiamate) e arrivano a ritenere che possano qualificarsi "società a controllo pubblico" anche quelle in cui "una o più" amministrazioni dispongono della mera maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria, fatta eccezione per l'ipotesi in cui (pur in presenza della suddetta maggioranza) vi sia un socio privato in posizione di controllo solitario di fatto (ex art. 2359, comma 1, n. 2) o di controllo congiunto (assieme ad altri soci pubblici); conformi: Corte dei conti, Sez. reg. contr. Liguria, n. 3/2018/PAR e n. 29/2020/PAR; Corte dei conti, Sez. reg. contr. Piemonte, n. 42/2018/PAR; Corte dei conti, Sez. reg. contr. Trentino-Alto Adige, n. 8/2018/PAR; Corte dei conti, Sez. reg. contr. Lombardia, n. 116/2019/PAR; Corte dei conti, Sez. reg. contr. Lazio, n. 32/2020/PAR e 128/2020/PAR.

come si anticipava, si giustificano interpretazioni diverse a seconda del se si tratti di risolvere a monte il profilo della legittimità dell'esercizio della funzione amministrativa piuttosto che dell'applicazione dello statuto speciale delle società a controllo pubblico. Ed è su tali tendenze che devono manifestarsi alcune perplessità di certezza del diritto. Le definizioni, a cui la legge ricollega determinate conseguenze, non possono essere diverse sol perché le esigenze del singolo caso concreto o di politica legislativa rendono opportuna una determinata decisione.

Una tale interpretazione determinerebbe la stessa impossibilità di configurare in concreto società miste a partecipazione minoritaria o comunque le altre «società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche», da ricondurre al *genus* «società a partecipazione pubblica» accanto alle società a controllo pubblico e a quelle «partecipate da società a controllo pubblico». Lo stesso art. 11, comma 16, del T.u.s.p., fa riferimento alla configurabilità di “società a partecipazione pubblica”, che non siano al contempo “a controllo pubblico”. Si deve, pertanto, escludere che nelle “società a partecipazione pubblica” debba necessariamente ricorrere una situazione di “controllo pubblico” (solitario o congiunto).<sup>32</sup> Deve, allora, ritenersi fuorviante il ricorso alla necessità di un controllo pubblico quale motivazione della legittimità dell'acquisto e/o mantenimento della stessa partecipazione pubblica.<sup>33</sup> L'obbligo di

---

<sup>32</sup> Cfr., M. BIANCHINI, Il rapporto tra “società a partecipazione pubblica e “società a controllo pubblico” alla luce della nozione di “controllo” (solitario e congiunto) del Testo Unico, in *Le società pubbliche*, a cura di F. CERIONI, Milano, 2023, pp. 59 e ss. Del resto, si aggiunge, quando il legislatore intende dare rilievo alla “partecipazione” ha cura di utilizzare una precisa terminologia “società a partecipazione pubblica” e similari, cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, *cit.*, pp. 1264 e ss.

<sup>33</sup> Ancor più singolare poi che la giurisprudenza ricorra alle stesse argomentazioni (della necessità di un controllo pubblico) in relazione al c.d. divieto di soccorso finanziario” (cfr. Corte dei conti, Sez. reg. contr. Veneto, n. 18/2021/PAR) e per legittimare la partecipazione in società aventi quale oggetto esclusivo la valorizzazione degli immobili della pubblica amministrazione; partecipazioni (queste ultime) che possono essere acquistate anche in deroga al vincolo di scopo (in tale senso dovendo interpretarsi la previsione che per l'acquisto di tali partecipazioni consente una deroga al comma 1 dell'art. 4 T.u.s.p.), v. Corte dei conti, Sez. contr.

“organizzarsi” e dover “formalizzare” un controllo pubblico<sup>34</sup> e (in caso di mancato adeguamento da parte degli enti pubblici) l’invito della magistratura contabile a “riconsiderare” la “legittimità” del mantenimento della stessa partecipazione, sembrerebbero in verità da collegare alla più generale (e in linea teorica non sovrapponibile problematica) di assicurare che i vari enti coinvolti riescano ad “addivenire” a una volontà deliberativa al fine di evitare possibili “inattività” nel funzionamento assembleare, con tutte le conseguenze alla stessa ricollegabili.<sup>35</sup>

---

Emilia-Romagna, n. 1/2021/PAR.

<sup>34</sup> Come sembrerebbe desumibile dalla decisione del Consiglio di Stato che giunge(rebbe) a ravvisare l’obbligo per ogni “società a partecipazione pubblica” di organizzarsi in una “società a controllo pubblico”, per evitare situazioni di partecipazioni pubbliche “pulviscolari” in società che esercitino attività d’impresa (inclusi i SIEG) e al fine di ritenere così rispettate le norme che ne consentono la costituzione, l’acquisto, la gestione e la eventuale dismissione, ai sensi degli artt. 4, 5, 7, 20 e 24, T.u.s.p. (v. Cons. Stato, n. 578/2019, *cit.*); nello stesso senso v. Corte dei conti, Sez. riunite contr., 20 giugno 2019, n. 11, dove viene ribadito che - nel caso di società a maggioranza (o integralmente pubbliche) e fatta salva la disciplina delle società miste affidatarie di contratti a seguito di gara c.d. a doppio oggetto - gli enti pubblici hanno l’obbligo di “formalizzare il controllo”; adducendo alcune argomentazioni sulle quali non si ritiene di poter concordare. Oltre a quella da collegare alla stessa legittimità di una partecipazione pubblica in assenza di controllo (già analizzata) deve richiamarsi la “funzionalizzazione” del citato obbligo che la Corte ritiene necessario in quanto strumentale alla strutturazione (ai sensi degli artt. 147 e 147-*quater* del D.lgs. n. 267 del 2000) delle procedure di controllo interno sulle società; controlli che, come si accennava, deve escludersi che implicino necessariamente un’influenza dominante della società attenendo ad un ambito diverso (v. *supra*, nt. 22); per la decisione della Corte dei conti, Sez. riun., 22 maggio 2019, n. 16 (pur espressamente richiamata dalla citata sezione di controllo) deve invece escludersi che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla gestione delle stesse in modo “associato” e “congiunto” (v. *infra* § successivo).

<sup>35</sup> Cfr. deliberazione della Corte dei conti, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, n. 48/2021/VSGO, in relazione ai piani di ricognizione del Comune di Rimini e con riferimento alla società Uni. Rimini spa, Società Consortile per l’Università del Riminese, dove la Corte esprime un giudizio negativo proprio sul rilievo che la peculiare connotazione proprietaria del capitale pubblico (pari al 47, 52% del capitale e al 13, 60% di azioni proprie) avrebbe esposto la società al pericolo di una paralisi assembleare ritenendo non applicabile alle società coabitate da soci pubblici e soci privati le conclusioni cui è giunta la Cass., Sez. I, 2 ottobre 2018, n. 23950, in *Riv. dir. soc.*, 2020, pp. 389 e ss., con nota di G. BOVENZI, Azioni proprie e computo dei quorum assembleari. Come è noto, tale ultima decisione, per il principio dell’agilità del funzionamento dell’organismo societario, ha ritenuto non ostare (al computo del quorum costitutivo e deliberativo delle azioni proprie) il pericolo della c.d. paralisi assembleare, ciò in quanto, il citato principio non impedisce che possa costituirsi anche una società paritetica essendo rimessa ai soci la scelta se

Di qui, la necessità di predisporre apposite “soluzioni” volte a superare un’eventuale “paralisi” che, però, se non si erra, non devono necessariamente essere “convenzioni” di voto volte a “formalizzare” una posizione di controllo congiunto.<sup>36</sup>

L’assunto che in caso di partecipazione pubblica “minoritaria” o “pulviscolare”, seppur maggioritaria, la società debba “necessariamente” essere a controllo pubblico non può sicuramente accogliersi per le società a partecipazione mista pubblico-privata. La “specificità” di tale società, per la quale la partecipazione del privato deve risultare non inferiore al 30%, legittima la configurabilità di società “miste” ove il capitale sociale sottoscritto e/o comunque detenuto da soggetti privati sia maggioritario alla quota imputabile a una o più amministrazioni pubbliche. Ne consegue che la partecipazione pubblica maggioritaria deve ritenersi soltanto uno degli elementi mediante i quali l’interesse pubblico può tradursi e trovare attuazione in attività esercitabili in forma societaria. L’articolo 17 del Testo unico legittima, inoltre, articolazioni statutarie volte a configurare la società a controllo privato o società a «controllo misto pubblico privato», pur in presenza di partecipazioni pubbliche singole o pulviscolari maggioritarie.<sup>37</sup>

---

accettare o meno il rischio, in presenza di “dissidi insanabili”, di addivenire all’impossibilità di un funzionamento dell’organo assembleare. Ciò in questa sede, brevemente richiamato, i giudici contabili ritengono che le suddette argomentazioni non possano trovare applicazione nel caso di società “coabitate” perché ne conseguirebbero effetti negativi sul corretto esercizio delle risorse pubbliche.

<sup>36</sup>Per un’approfondita analisi delle “situazioni” e dei rimedi nel caso di stallo assembleare, sia consentito rinviare a: C.A. BUSI, Lo stallo decisionale assembleare. Studio n. 123-2022/I del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Studi d’Impresa il 26 gennaio 2023; A. PISANI- MASSAMORMILE, Minoranze, “abusi” e rimedi, Torino, 2004; sul problema dello stallo nel caso di società paritetiche, da ultimo, C. LIMATOLA, Lo “stallo decisionale” nelle s. p. a., Torino, 2024, a cui si rimanda anche per l’approfondita bibliografia in materia.

<sup>37</sup> Per un’analisi dei due “modelli” in passato ammessi dalla legislazione vigente di società mista a capitale pubblico maggioritario o minoritario, v.: G.F. CAMPOBASSO, La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari, in *Riv. soc.*, 1998, pp. 390 e ss.; A.M. LEOZAPPA, Sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici degli enti locali, in *Giur. comm.*, 1998, 1, pp. 67 e ss.; P. ABBADESSA, Le società miste per i servizi locali: profili organizzativi speciali, in *Le società miste per i servizi locali*, a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1999, pp. 87 e ss.,

### 3. Sull'emersione di una connotazione sostanzialistica del controllo pubblico

Occorre ora dar conto dei dubbi interpretativi sollevati dalla portata "definitoria" delle "società a controllo pubblico". Tale definizione si rinviene dal combinato disposto dell'art. 2, lett. b) e lett. m), T.u.s.p.,<sup>38</sup> e ha (sin da subito) imposto, ancora una volta, una riflessione sulle ipotesi di controllo previste dall'articolo 2359 C.c. nonché sulla valenza generale dello stesso.<sup>39</sup> Occorre, invero, sottolineare

---

che con osservazione tuttora da evidenziare già sosteneva che (avuto riguardo alle società miste a "prevalente" capitale pubblico) l'autonomia statutaria avesse, da un lato, l'obiettivo dell'ente di assicurare la stabilità del socio o soci prescelti dall'Ente per la costituzione della società, dall'altro, di "incentivare l'interesse di tali soci alla partecipazione, rafforzandone il ruolo all'interno della società".

<sup>38</sup> La definizione di cui all'art. 2, lett. m), T.u.s.p., così recita: "società a controllo pubblico": *"le società in cui una o più amministrazioni pubbliche (così come definite dall'art. 2, lett. a), esercitano poteri di controllo ai sensi della lett. b); lett. b) che a sua volta sancisce la definizione di 'controllo' come «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile»"*, aggiungendo che: *"Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"*.

<sup>39</sup> Nonostante il "proliferare" di definizioni speciali di controllo societario, la prevalente dottrina ha riconosciuto alla disposizione di cui all'art. 2359 C.c. una posizione di "centralità sistematica". L'affermazione è stata recentemente confermata da A. PALAZZOLO, La nozione di controllo societario nel Codice Antimafia, in *Orizzonti dir. comm.*, 2021, n. 1, pp. 275 e ss., 304; M. LAMANDINI, Società controllate e collegate, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, II, Milano, 2022, pp. 1081 e ss.; già: ID., Società controllate e società collegate, in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, I, Milano, 2016, pp. 743-745; G. MOLLO - D. MONTESANTO, Il controllo societario nel Testo unico della finanza - Problemi e prospettive di riforma, in *Quaderni Giuridici Consob* n. 8 (giugno 2015), Roma, p. 201; V. CARIELLO, Tra controllo e non controllo: sul mimetismo e sull'occultamento del controllo c.d. di fatto, in *Riv. dir. soc.*, 2017, pp. 13 e ss.; ID., A favore di un riequilibrio tra tutela (diritti) dei soci non di controllo e tutela (diritti) dei soci di controllo (nelle sole società controllate c.d. di diritto), in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, pp. 249 e ss.; per tutti ed altri autori sia consentito rinviare a M. BIANCHINI, Il rapporto tra "società a partecipazione pubblica e "società a controllo pubblico", *cit.*, p. 60, spec. nt. 2, 70 spec., nt. 17; in senso contrario: M.S. SPOLIDORO, Questioni in tema di controllo di società, *cit.*, spec. pp. 166-167, 172 (solo parzialmente discostandosi da quanto precedentemente sostenuto in Il concetto di controllo nel codice civile e nella legislazione antitrust, in *Riv. soc.*, 1995, pp. 457 e ss.) secondo cui la centralità dell'art. 2359 C.c. sarebbe solo "apparente" e lo stesso non può considerarsi la figura suppletiva attorno alla quale costruire (in via derogatoria) le figure previste nella legislazione speciale, atteso che occorre partire dalla

(nuovamente)<sup>40</sup> una certa “pigrizia” del legislatore che (forse), acriticamente e semplicisticamente,<sup>41</sup> richiama la nozione di controllo di cui all’art. 2359 C.c. (con ciò manifestando almeno formalmente di aderire all’opzione di una portata generale della stessa) e viceversa, introducendo una o più note “aggiuntive”, solleva il dubbio che, a dispetto di quel richiamo, la definizione di controllo (anche nel caso in

---

“constatazione oggettiva” che esistono diverse definizioni “finalizzate” di controllo. Ciò, se è evidente allorché sia espressamente la stessa norma definitoria a limitare l’applicabilità di quella definizione, per le finalità dalla stessa perseguite (“*ai fini della presente legge*”), si ritiene debba valere anche quando manchi tale espressa finalizzazione; con la condivisibile conseguenza che tutte le definizioni di controllo devono essere interpretate tenendo conto delle specifiche finalità della normativa che quella definizione introduce. Per il citato A., persino la stessa definizione della norma che comunemente si assume essere al centro del sistema (i.e. quella dell’art. 2359 C.c.) deve ritenersi “finalizzata”; norma di cui, tra l’altro, se ne auspica una “chiarificazione legislativa” suggerendo una “semplificazione” della formulazione che miri a chiarire il rapporto tra controllo di diritto e di fatto; ad eliminare la parte del controllo esterno e a spostare la nozione di società collegata al complesso normativo del bilancio. Sull’opportunità, non colta dal legislatore della riforma del diritto societario, di chiarire alcuni profili “controversi” dell’esatta portata della definizione di “società controllate” nonché di estenderla anche, pur con gli opportuni adattamenti, alle “altre società di capitali” (ciò per rendere la riforma pienamente conforme alle indicazioni della disciplina euro-unitaria), v. R. WEIGMANN, Verso una definizione di s.r.l. controllata, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 1, p. 30; per M. BIANCHINI, Il rapporto tra «società a partecipazione pubblica e società a controllo pubblico», *cit.*, p. 70, nt. 16, si può ipotizzare come, anche per la disposizione di cui all’art. 2359 C.c., l’erosione della sua “centralità” potrebbe rinvenirsi nella «nuova e distinta rilevanza sistematica delle nuove definizioni delle norme “settoriali”»; ID., La nozione di controllo congiunto, *cit.*, 57, nt., 41; e già G. FIGÀ TALAMANCA, Direzione e «proprietà transitiva del controllo» di società, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, pp. 338 e ss., p. 359.

<sup>40</sup> Con ciò inserendosi nel trend costante della nostra legislazione caratterizzata dalla compresenza di numerose definizioni di controllo e riproponendo l’annoso dibattito (non ancora sopito) del rapporto tra le fattispecie di controllo “disegnate” nell’art. 2359 C.c. e quelle individuate nelle non poche norme di diritto speciale. Definizioni “speciali” di controllo di cui, giustamente, non si è mancato di sottolineare rispettivamente le diverse finalità operative anche nell’ottica di giustificare quegli elementi “aggiuntivi” rispetto a quelli della definizione codicistica o viceversa l’eliminazione degli stessi. Per una puntuale analisi delle disposizioni che, avuto riguardo alle società a partecipazione pubblica, discorrono di controllo e/o controllo pubblico cfr., V. DONATIVI, Le società a partecipazione pubblica, *cit.*, pp. 1254 e ss. In generale per le diverse nozioni “speciali”, senza pretesa di esaustività, v.: i contributi in L. ACCIARI - F. SALERNO - G. VISENTINI, Il controllo delle imprese nella legislazione italiana. Alla ricerca di una nozione comune, Pisa, 2023; M.S. SPOLIDORO, Il concetto di controllo nel codice civile e nella legislazione antitrust, in *Riv. soc.*, 1995, pp. 457 e ss., G. MARINO, La relazione di controllo nel diritto tributario: Aspetti interdisciplinari, Padova, 2008, spec. 260 e ss.; ID., Relazioni di controllo e attività

esame) sia da intendere in modo del tutto diverso, tanto da degradare ad una categoria “particolare”.<sup>42</sup> L’esperto richiamo alla citata disposizione codicistica, riferito ad una o più amministrazioni, ha riproposto, altresì, la risalente questione dell’ambito applicativo delle ipotesi di controllo ivi previste.<sup>43</sup> Opzioni interpretative, come è noto, oscillanti tra quelle più restrittive intese a limitarle al solo

---

d’impresa, in *Riv. dir. trib.*, I, 2009, pp. 851 e ss.; D. CORAPI, In tema di interpretazione delle nozioni di concentrazioni e di controllo nella Legge 10 ottobre 1990, n. 287, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 532; M. NOTARI, La nozione di controllo nella disciplina antitrust, Milano, 1996, pp. 67 e ss.; M. LAMANDINI, Appunti in tema di controllo congiunto, in *Giur. comm.*, 1993, I, pp. 218 e ss., 243; ID., Il «controllo». Nozioni e «tipo» nella legislazione economica, Milano, 1995; R. COSTI, I sindacati di voto nelle leggi più recenti, in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 25 e ss.; S. SERAFINI, La qualificazione dei rapporti di controllo ai fini dell’accertamento dell’obbligo di redazione del bilancio consolidato, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 108.

<sup>41</sup> Il richiamo operato a tutte le fattispecie civilistiche di controllo solleva particolari problemi avuto riguardo al c.d. controllo contrattuale che, così come è stato “disegnato” dagli interpreti, è ancor più incerto possa trovare concreta applicazione nell’ambito delle società a partecipazione pubblica, specialmente ove si accolga la premessa che il contratto di servizio abbia un ruolo “diverso” e non possa essere, in ogni caso, considerato *ex se* e sempre quale “particolare vincolo contrattuale” fonte del controllo pubblico. Il rinvio alla sola nozione di controllo della norma codicistica sarebbe, invece, sicuramente da intendere nel senso di escludere la diversa fattispecie delle società collegate.

<sup>42</sup> In tale ottica, si condivide il rilievo che anche la definizione “speciale” di controllo pubblico debba ritenersi “finalizzata” agli scopi specifici del T.u.s.p., v. M. BIANCHINI, La nozione di controllo congiunto, *cit.*, p. 57, spec. nt. 41. Come si vedrà, l’orientamento prevalente (sia in dottrina che in giurisprudenza) ritiene che il legislatore del Testo Unico abbia chiaramente legittimato (diversamente rispetto alla nozione civilistica) un controllo congiunto, salvo doverne verificare l’estensione dell’ambito applicativo rinvenendosi sul tema orientamenti discordanti; per M.E. COMBA - F. SUDIERO, Le società a “controllo pubblico” (congiunto), *cit.*, p. 392, da un punto di vista soggettivo il T.u.s.p. avrebbe definitivamente dato accesso al concetto di controllo congiunto, da un punto di vista contenutistico, aprendo la strada a forme di «“dominio” più qualificate rispetto a quelle di cui all’art. 2359 C.c., dal veto ad una sorta di direzione e coordinamento» una “nuova” concezione di controllo che si collocherebbe tra la direzione e coordinamento “quasi” sovrapponendosi, pur senza coincidere con il controllo esterno di cui all’art. 2359, comma, 1, n. 3, C.c.

<sup>43</sup> Non è questa la sede per ripercorrere analiticamente la cospicua letteratura che ha approfondito i tratti essenziali di ciascuna delle ipotesi civilistiche di controllo pacificamente accomunate da una posizione di “influenza dominante”. Sul tema e per una sintesi della ratio della disciplina generale del controllo codicistico, sia consentito rinviare, oltre agli autori già richiamati e a quelli che lo saranno successivamente, a: L. SCHIUMA, *Sub art. 2359, cit.*, pp. 1250-1251; M. LAMANDINI, *Sub artt. 2359-2359-quinquies, cit.*, p. 396; prima della riforma, v.: A. PAVONE LA ROSA,

controllo solitario <sup>44</sup>e quelle favorevoli ad ammettere anche un controllo congiunto.<sup>45</sup> Quanto alle società a partecipazione pubblica, la questione ha investito il rilievo da ascrivere, ai fini della configurabilità di un controllo “pubblico”, alla locuzione (contenuta nell’art. 2, lett. m) dell’“esercizio” da parte di “una” o “più” amministrazioni, dei poteri di controllo, così come delineati dalla lett. b) dello stesso articolo.

---

Tipologia dei “vincoli” di controllo e dei “gruppi” societari, in *Trattato delle società per azioni*, diretto G.E. COLOMBO - G.B. PORTALE, Torino, 1991, p. 582; G. OLIVIERI, La redazione del bilancio consolidato, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. COLOMBO - G.B. PORTALE, Torino, 1994, p. 684; G. ROSSI, Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1371.

<sup>44</sup> Per la tesi che il controllo di cui all’art. 2359 C.c. sia solo solitario, v. M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L.A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, Milano, 2008, p. 668, 715 e ss., secondo cui a soluzione diversa non sarebbe possibile pervenire valorizzando il fatto che oggi il controllo di cui all’art. 2359 C.c. rilevi, in ragione della presunzione di cui all’art. 2497-sexies, rispetto all’applicazione della disciplina relativa all’attività di direzione e coordinamento, di cui agli artt. 2497 C.c., per la quale si ammette l’esercizio congiunto e ciò perché «alle due nozioni e alle relative discipline sono affidati ruoli e funzioni diverse, che giustificano una diversa configurazione delle due fattispecie»; *ex plurimis*: V. DONATIVI, I “confini” del controllo congiunto, in *Giur. comm.*, 1996, I, pp. 553 e ss.; M. MIOLA, Società quotate, controlli esterni e gruppi di società, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 48; G. LO CASCIO, *Sub art. 2359*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, p. 215; G.A. RESCIO, I sindacati di voto, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO - G.B. PORTALE, 3\*, Torino, 1994, pp. 679 e ss.; M.S. SPOLIDORO, Il concetto di controllo, *cit.*, p. 487; R. COSTI, I sindacati di voto nelle leggi più recenti, in *Giur. comm.*, I, pp. 25 e ss., 32.

<sup>45</sup> Tesi che, in sintesi, ritiene che il controllo possa configurarsi con l’esercizio “concertato” del diritto di voto superando con ciò l’argomento letterale (declinazione del controllo al singolare) e valorizzando il testo dell’art. 2341-bis che, riprendendo quanto già previsto per le società quotate dall’art. 122 T.u.f., fa esplicito riferimento ai patti parasociali che, ai fini di stabilizzare il governo della società, hanno per oggetto o per effetto l’esercizio anche congiunto di un’influenza dominante, v. P. MONTALENTI, I gruppi di società, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, pp. 1031 e ss., 1044; M. LAMANDINI, Appunti in tema di controllo congiunto, *cit.*, pp. 234 e ss.; ID., Il “controllo”. Nozioni e “tipo” nella legislazione economica, Milano, 1995, spec. pp. 106 e ss.; ID., Società controllate e società collegate, *cit.*, pp. 751 e ss.; V. CARIELLO, “Controllo congiunto” e patti parasociali, Milano, 1997, spec. pp. 85 e ss., ID., Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento di società, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 18 e ss.; F. GUERRERA, Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del T.u.s.p., in *Riv. dir. soc.*, 2018, pp. 517 e ss., spec. 519-522; F. CUCCU -F. MASSA FELSANI, *Sub art. 2, II*, La nozione di controllo, *cit.*, pp. 70 e ss., 82-84; V. DONATIVI, I “confini” del controllo congiunto, *cit.*, p. 569. Una certa apertura sembrerebbe aversi in Trib. Milano, ord. 24 luglio 2018, in *Giur. it.*,

Non può invero dubitarsi che il Testo Unico valorizza una prospettiva “sostanzialistica” del controllo, per la quale è l’effettivo esercizio a rilevare ai fini dell’individuazione delle società controllate.<sup>46</sup> Conseguentemente la pubblica amministrazione potrà fornire la prova della insussistenza di una influenza dominante.<sup>47</sup> Del pari indubitabile è l’esplicita rilevanza di un controllo pubblico congiunto e ciò ha imposto di interrogarsi sui requisiti per la configurabilità dello stesso.<sup>48</sup> Il tema è stato ampiamente trattato in

---

2019, 3, p. 594.

<sup>46</sup> E ciò, diversamente da come è (o almeno è stato) tradizionalmente inteso il controllo codicistico per il quale sarebbe la semplice “disponibilità” della maggioranza dei diritti di voto esercitabili in assemblea a fungere da “presunzione assoluta” di una influenza dominante a prescindere dal se i poteri collegati a quella maggioranza vengano o meno esercitati o “possano” essere esercitati, in tal senso M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359, cit.*, pp. 673, 701 e ss., 730; M. LAMANDINI, *Società controllate e società collegate, cit.*, pp. 746 e ss.; *Id.*, *Sub artt. 2359-2359-quinquies*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI - A. STAGNO D’ALCONTRES, I, Napoli, 2004, I, pp. 393 e ss., spec. 397, che rileva come, per l’applicazione della disciplina che il codice civile ricollega ad una “situazione” di controllo, sia «sufficiente il “pericolo” dell’influenza dominante [...] non occorrendo - nel caso di controllo interno e a differenza che per il controllo esterno di cui al n. 3, del medesimo art. 2359 C.c. - l’“evento” dell’influenza dominante effettiva»; L. SCHIUMA, *Sub art. 2359, cit.*, p. 1265; P. SPADA, *Diritto commerciale*, vol. II, Padova, 2009, pp. 161-164, ove l’affermazione per cui «altro [...] è il potere di governare altro il governo»; su posizioni diverse, espressamente statuendo che «non controlla chi, pur avendo la maggioranza dei voti nell’assemblea ordinaria, non può nominare (e revocare) gli amministratori o la maggioranza di essi», M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo, cit.*, p. 480; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto, cit.*, p. 688; L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società “controllate” e “collegate”*, in *La nuova disciplina dei bilanci di società*, a cura di M. BUSSOLETTI, Torino, 1995, pp. 1 e ss. È quanto ribadito anche dalla Cass. 3 maggio 2017, n. 10726, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 2, pp. 377 e ss. (con nota di N. CALVI, *Collegamento societario indiretto: rilevanza della fattispecie ed esistenza della relativa presunzione*) secondo cui, come è stato efficacemente sintetizzato: «una società può essere controllante di diritto senza avere un’influenza dominante sull’assemblea di quest’ultima», così M.S. SPOLIDORO, *Questioni in tema di controllo di società, cit.*, p. 174. Per una sintesi e per ulteriore bibliografia V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, I, pp. 747, 766 (nt. 37).

<sup>47</sup> V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico”, *cit.*, pp. 766-767.; *Id.*, Sulla nozione di società a controllo pubblico, in *Riv. dir. soc.*, 2021, pp. 13 e ss., K. MARTUCCI, La nozione di controllo pubblico nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in *Giur. Comm.*, 2022, 1, pp. 105 e ss.

<sup>48</sup> Esplicita rilevanza sottolineata anche dal Consiglio di Stato (nel citato parere n. 438/16 - nr. pubb. e sped. n. 968/16 - parte II, par. 2.1, p. 915) che, nel suggerire di inserire per “fini di chiarezza” anche una definizione del “controllo congiunto”, ha affermato come questo sia nella sostanza già recepito dal testo in esame, «[...] che

relazione alle c.d. ipotesi di partecipazioni “pulviscolari” dove le pubbliche amministrazioni, complessivamente titolari di una partecipazione (totalitaria o maggioritaria), non detengano, singolarmente considerate, una posizione di “controllo”.<sup>49</sup>

La questione non ha riguardato solo le società a partecipazione mista pubblico-privata ma anche le società a totale partecipazione

---

però non ne isola la nozione, facendola rientrare in quella - allargata - di “controllo”, peraltro in termini non molto chiari», sul punto v. D.E. BRICI - A. DONATO, *Sub artt. 1-2*, in *Il testo unico sulle società pubbliche*, *cit.*, pp. 18 e ss., spec. 36, che rilevano come il richiamo alle decisioni «finanziarie e gestionali strategiche» risulterebbe poco omogeneo rispetto alla definizione civilistica di controllo ritenendo più opportuno che il legislatore avesse utilizzato la più familiare nozione di «influenza dominante». La problematica, tra l'altro risalente, è stata analizzata anche in relazione ad altre ipotesi normative per le quali l'opzione interpretativa della legittimità di un controllo pubblico congiunto si è ritenuta preferibile, cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, *cit.*, pp. 1259-1261, che sottolinea come, in tali casi, non si operasse un rinvio integrale all'art. 2359 C.c., come nel caso del T.u.s.p. che, dunque, da un punto di vista sistematico impone di interrogarsi sulla ratio dello stesso rinvio. Tra le altre normative speciali che farebbero riferimento ad un controllo congiunto, v.: il D.lgs. n. 58/1998 (T.u.f.) [art. 122, comma 5, lett. d), e art. 93] nonché il D.lgs. n. 14/2019 (*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*) [art. 2, comma 1, lett. h)]; sull'argomento, tra gli altri, v. C. ESPOSITO, *I gruppi di imprese nella dimensione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2023, 3, 10, pp. 543 e ss.; G. RACUGNO, *I gruppi di imprese nella regolazione della crisi e dell'insolvenza*. Appunti, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2020, 6, p. 1269; N. ABRIANI, *La disciplina dei gruppi di imprese nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto della Crisi*, “Studi sull'avvio del Codice della crisi”, a cura di L. DE SIMONE - M. FABIANI - S. LEUZZI, n. speciale settembre, 2022, pp. 178 e ss.; M. SPIOTTA, *Codice della crisi d'impresa dell'insolvenza - la disciplina dei gruppi*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 8-9, 2014; F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (I)*, in *Il Civilista*, 2019, p. 61.

<sup>49</sup> «Il fulcro del problema, nel caso di società coabitate da soci pubblici e soci privati, è il rilievo della partecipazione pubblica maggioritaria allorquando tale maggioranza sia da attribuire alla somma delle singole partecipazioni pubbliche. Se si accetta la premessa della legittimità di partecipazioni minoritarie occorre allora vedere se - in presenza di una maggioranza della pubblica amministrazione (seppur data dalla somma delle singole partecipazioni pulviscolari) - quella società possa o debba ascrivere alle società a controllo pubblico allorquando i soci privati non possano esercitare un'influenza dominante di fatto né dispongano di poteri di veto (di fonte legale, statutaria o parasociale) tali da assicurare loro una posizione di influenza “determinante” nel contesto di una forma di controllo congiunto, condiviso con uno o più soci pubblici, o quand'anche di controllo plurimo disgiunto, che fosse loro accreditabile assieme a uno o più soci pubblici e, ciononostante, si finisca per considerarle tutte co-controllanti», così V. DONATIVI, *Rassegna analitica e sistematica della giurisprudenza, delle linee guida e dei provvedimenti amministrativi sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *Corporate governance*, 2021, 2, pp. 149 e ss. Del pari, nel caso di società totalitaria, allorquando nessuno dei soci pubblici

pubblica<sup>50</sup> e le stesse società in house.<sup>51</sup> Le varie tesi, che in questa sede ci si limita solo ad accennare, oscillano (come è stato puntualmente analizzato)<sup>52</sup> tra gli orientamenti più rigidi (che attribuiscono rilevanza al solo controllo “solitario” societario da influenza dominante e al controllo “congiunto” per la sola fattispecie di cui al citato secondo periodo della lett. b) dell’art. 2 del T.u.s.p.;

---

possa “esercitare” singolarmente un’influenza dominante sulla società; non vi siano tra i soci o tra alcuni di essi forme di “coordinamento formalizzato” di fonte legale, statutaria o parasociale, da cui far derivare l’esercizio di un’influenza dominante congiunta sulla società e non vi siano norme legali, statutarie o parasociali per le quali le principali decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale debbano essere adottate con l’unanimità dei consensi.

<sup>50</sup> L’orientamento prevalente della magistratura contabile è di ritenere che nel caso di una partecipazione “totalitaria”, in particolar modo ove gli enti partecipanti siano portatori di interessi di natura omogenea, sarebbe del tutto “illogica” ed “immotivata” la pretesa dell’ insussistenza di un controllo pubblico, pur in assenza di un coordinamento istituzionale formalizzato, v. Corte dei conti, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, n. 106/2020/VSGO; Corte dei conti, 29/SEZAUT/2019/FRG (Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari - Relazione 2019). Per la tesi che, in ogni caso, considera a controllo pubblico le società a totale partecipazione pubblica, v. C. GARILLI, In house providing e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul “controllo analogo congiunto” nel quadro generale delle “società a controllo pubblico”, in *Riv. soc.*, 2022, 2-3, pp. 450 e ss.

<sup>51</sup> L’idea è che le “società in house” (definite nell’art. 2, lett. o) del Testo unico e la cui disciplina si trova per lo più espressa nell’art. 16 del Testo Unico) siano da considerare anche società a controllo pubblico. Per F. GUERRERA, Considerazioni in tema di controllo, *cit.*, p. 526: «[...] le regole dettate per le società a controllo pubblico si applicano naturalmente anche alle società in house che sono una *species* di società controllate (direttamente o indirettamente) da una o più pubbliche amministrazioni, ma che si caratterizzano per il fatto di possedere un singolare assetto proprietario e di governance, come tale compatibile con l’affidamento diretto, senza procedura competitiva, di contratti pubblici da parte degli enti partecipanti»; nello stesso senso: V. DONATIVI, Le società a partecipazione pubblica, *cit.*, p. 1261, secondo cui, nelle società in *house providing*, l’amministrazione “ordinariamente” è titolare di una partecipazione di controllo “interno”; M. BIANCHINI, Il rapporto tra “società a partecipazione pubblica e “società a controllo pubblico”, *cit.*, pp. 141-147, e già ID., La nozione di controllo congiunto, *cit.*, pp. 40-43, spec. 41, nt. 20; in senso analogo, v. anche I. CAVALLIN - E. RIVOLA, Controllo societario in forma “congiunta” e ambito soggettivo di applicazione del D.lgs. n. 175/2016, in *Azienditalia*, 2018, 5, pp. 696 e ss., 698; sul tema, v. anche G.M. BUTA, Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate (D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 496 e ss. In giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 1° ottobre 2021, n. 26738, in *www.dirittobancario.it*. Sul tema, in senso critico C. PECORARO, Sul controllo analogo nelle società in house providing, Milano, 2021, spec. pp. 121-147.

<sup>52</sup> Sul tema: V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico”, *cit.*, pp. 747 e ss.; ID., Le

<sup>53</sup>quelli che estendono il controllo congiunto anche alle ipotesi di cui all'art. 2359 C.c.<sup>54</sup> differenziandosi, nell'ambito di tale orientamento, le decisioni che ritengono necessaria una "formalizzazione" del controllo<sup>55</sup> da quelle che attribuiscono rilevanza anche ai "comportamenti concludenti";<sup>56</sup> ed infine gli orientamenti per i quali la partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria rappresenterebbe una "presunzione" di esercizio in concreto di un controllo congiunto

---

società a partecipazione pubblica, *cit.*, spec. pp. 1262 e s., 1275 e ss.; ID., Rassegna analitica, *cit.*, pp. 149 e ss.; P. VALENSISE, Un punto sul dibattito relativo alla nozione di "società a controllo pubblico" ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. "b" e "m", T.u.s.p., in *Il controllo delle imprese nella legislazione italiana*, *cit.*, pp. 321 e ss.; M. BIANCHINI, La nozione di controllo congiunto, *cit.*, pp. 24 e ss.; ID., Il rapporto tra "società a partecipazione pubblica e "società a controllo pubblico", *cit.* pp. 59 e ss.; F. GUERRERA, Considerazioni in tema di controllo, *cit.*, pp. 519 e ss.; F. CUCCU - F. MASSA FELSANI, *Sub art. 2-II. La nozione di controllo*, *cit.*, pp. 70 e ss.; R. RANUCCI, Commento *Sub art. 2-IX, La nozione di società a controllo pubblico*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, *cit.*, pp. 135 e ss.; M.V. SUSANNA, Osservazioni in tema di controllo congiunto e relativa necessaria "formalizzazione" nel testo unico partecipate pubbliche, in *Le Società*, 2019, pp. 140 e ss.; K. MARTUCCI, La nozione di controllo pubblico nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in *Giur. comm.*, 2022, 1, pp. 105 e ss.; F. FIMMANÒ - F. SUCAMELI, Gli indici formali e legali di "controllo pubblico" e i fatti concludenti dell'abuso di eterodirezione, in *Riv. Corte conti*, 2020, 4, pp. 1 e ss.

<sup>53</sup> Orientamento questo che si rinviene in parte considerevole della dottrina: M. BIANCHINI, La nozione di controllo congiunto, *cit.*, pp. 24 e ss.; C. IBBA, Introduzione, *cit.*, p. 9, là dove afferma che le società a controllo pubblico «sono quelle in cui un'amministrazione pubblica eserciti i poteri propri del controllo di diritto, di fatto o contrattuale ai sensi dell'art. 2359 C.c., nonché quelle in cui tali poteri siano esercitati congiuntamente da più amministrazioni pubbliche», ma con la specificazione che questa «è l'ipotesi considerata nella seconda parte dell'art. 2, 1° co., lett. b), richiedendosi in tal caso, "per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche", "il consenso di tutte le parti che condividono il controllo"»; C. D'ARIES, *Controllo pubblico, gli enti soci hanno il dovere di verifica*, in *Quotidiano Enti locali & PA*, 22 luglio 2019; e, se ben si intende, R. RANUCCI, Art. 2-IX., *cit.*, pp. 135 e ss., pp. 137-138. Tale orientamento sembrerebbe essere stato accolto anche dalla Corte dei conti, Sez. riunite in sede giurisdizionale, nelle deliberazioni del 22 maggio 2019, n. 16, 4 luglio 2019, n. 17 e 29 luglio 2019, n. 25, che per M. BIANCHINI, La nozione di controllo congiunto, *cit.*, pp. 24 e ss., valorizzano più correttamente la definizione di cui all'art. 2, lett. b), T.u.s.p.

<sup>54</sup> Un'apertura già in V. DONATIVI, "Società a controllo pubblico", pp. 762 e ss.; ID., Sulla nozione di società a controllo pubblico, *cit.*, pp. 36-45; ID., La società a partecipazione pubblica, *cit.*, p. 1263 (e già in I "confini" del controllo congiunto, *cit.*, pp. 553 e ss.); F. GUERRERA, Considerazioni in tema di controllo, *cit.*, pp. 517 e ss.; M.V. SUSANNA, Osservazioni in tema di controllo congiunto, *cit.*, pp. 140 e ss.; per la giurisprudenza: TAR Marche, 11 novembre 2019, n. 695, in [www.moltocomuni.it](http://www.moltocomuni.it); TAR Veneto, 5 aprile 2018, n. 363, in [www.dirittoeconti.it](http://www.dirittoeconti.it).

<sup>55</sup> Formalizzazione che troverebbe la sua ratio nel limite insito dei comportamenti

sulla società<sup>57</sup> ovvero quelle che, nell’ottica di assoggettare quanto più possibile le società allo statuto del controllo pubblico, arrivano ad equiparare tout court la partecipazione pubblica (totalitaria o maggioritaria) al controllo pubblico,<sup>58</sup> fatto salvo il solo caso in cui vi sia/siano uno o più soci privati in posizione di controllo di fatto o di controllo congiunto con soci pubblici.<sup>59</sup>

---

concludenti che non sarebbero caratterizzati da stabilità, argomentazione che ovviamente presuppone di aderire all’opzione interpretativa che individua nella stabilità un elemento imprescindibile dell’influenza dominante, sul tema v. I. DEMURO, Il controllo congiunto nelle società a partecipazione pubblica prevalente, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico cit.*, p. 298; M.V. SUSANNA, Osservazioni in tema di controllo congiunto *cit.*, p. 142; in senso contrario: M.E. COMBA - F. SUDIERO, Le società a “controllo pubblico” (congiunto), *cit.*, p. 406; S. GLINIANSKI, Società in controllo pubblico congiunto, accordi taciti e comportamenti paralleli, in *Rivista internet di diritto pubblico*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it). La configurabilità di un controllo congiunto a mezzo di comportamenti concludenti, dunque, a prescindere dalla formalizzazione di accordi e richiamando in questa sede solo i provvedimenti più significativi, non è condivisa dall’Osservatorio sulla finanza e contabilità degli enti locali del Ministero dell’Interno nell’atto di indirizzo del 12 luglio 2019, dedicato specificamente alla: «Precisazione della definizione di “società a controllo pubblico” ai sensi e per gli effetti di cui al T.u. in materia di società a partecipazione pubblica approvato con D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175». In tale atto si sottolinea, altresì, l’«urgenza di rimuovere l’incertezza qualificatoria sul punto, e con essa il rischio di vedere, a seconda dei casi, ampliata o ridotta (in base alla prospettiva adottata dall’interprete e ai presupposti da cui si muove) la platea del comparto società a controllo pubblico, in netto contrasto con gli intendimenti del legislatore del Testo unico (mosso dalla dichiarata preoccupazione di assicurare la chiarezza delle regole e la semplificazione normativa)». Urgenza d’“intervento” quale conseguenza della rilevanza del contrasto registrato sul tema (i.e. le divergenze tra le Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti e le Sezioni riunite in sede di controllo) divergenze che sembrano “avallate” anche dal Consiglio di Stato con la decisione della Sez. VI, 9 gennaio 2023, n. 3880 *cit.* (che annulla la sentenza del TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 28 dicembre 2020, n. 858, in [www.dirittoservizipubblici.it](http://www.dirittoservizipubblici.it)) e con la sentenza Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 2023, n. 2543, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it); decisioni che riaprono il dibattito, aderendo all’interpretazione estensiva favorevole alla presunzione del controllo per comportamenti concludenti. E dove, allora, occorrerà prestare particolare attenzione alla “scelta” (nel singolo caso concreto) degli indici dai quali “desumere” il controllo pubblico onde evitare (al fine di aderire a letture “marcatamente” pubblicistiche) addirittura a rinvenire una posizione di controllo nella “convergenza” del voto in relazione ad alcune delibere come ritenuto dalla decisione della Corte dei conti, Sez. contr., Emilia Romagna/65/2018/VSGO (in sede di riesame della ricognizione straordinaria operata dal Comune di Bologna sulle proprie partecipazioni) avuto riguardo alla delibera di aumento di capitale della “Fiere internazionali di Bologna s.p.a.”, aumento finalizzato a finanziare il piano di sviluppo della Fiera; per il TAR Lazio, 11 aprile 2024, n. 6983, gli elementi del controllo pubblico sono stati desunti oltre che dalla partecipazione pubblica totalitaria,

Tralasciando ogni ulteriore considerazione posta a supporto delle suddette opzioni interpretative, per le quali si rinvia agli autori che ne hanno già approfondito le relative argomentazioni ed evidenziato eventuali limiti, preme sottolineare come la concezione “sostanzialistica” della nozione del controllo pubblico, che individua nell’effettivo esercizio dei relativi poteri l’elemento necessario e caratterizzante del(il) controllo pubblico, viene particolarmente

---

dall’esame dei quorum deliberativi delle delibere assembleari relative a decisioni strategiche dell’attività sociale, adottate pressoché sempre all’unanimità, a conferma di come le pubbliche amministrazioni (enti locali) che detengono partecipazioni azionarie abbiano in concreto influito sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale anche ai sensi dell’art. 2, lett. b), D.lgs. n. 175 del 2016. L’impossibilità che il “controllo congiunto” degli enti possa essere desunto da “comportamenti univoci o concludenti” viene invece ribadita da Corte dei conti, Sez. contr. Veneto, n. 18/2021/PAR.

<sup>56</sup> Favorevoli a rinvenire il controllo pubblico anche “tacitamente”, M.E. COMBA - F. SUDIERO, *Le società a controllo pubblico (congiunto)*, *cit.*, pp. 408-409, che suggeriscono anche la formulazione di una eventuale modifica di parte dell’art. 2, comma 1, lett. b), che potrebbe essere sostituita con la seguente: «Il controllo può sussistere anche quando [risulti che], in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali [in qualunque forma stipulati], per le decisioni strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo»; F. CUCCU - F. MASSA FELSANI, *Sub art. 2, II, La nozione di controllo*, *cit.*, pp. 76 e ss., 82 e ss. I comportamenti concludenti vengono esplicitamente ammessi dal Ministero dell’Economia e delle Finanze sia nel primo che nel secondo degli orientamenti emessi dal Mef (nell’esercizio delle sue funzioni di “indirizzo” di cui all’art. 15 T.u.s.p.) e aventi ad oggetto, rispettivamente «La nozione di “società a controllo pubblico” di cui all’articolo 2, comma 1, lett. m), del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (di seguito “T.u.s.p.”)» e il Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche (art. 24 del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), del 2019, pubblicato nel mese di maggio 2019 in [www.dt.mef.gov.it](http://www.dt.mef.gov.it); per un approfondimento della corretta interpretazione di tali orientamenti, V. DONATIVI, *Rassegna analitica*, *cit.*, pp. 164-167, a cui si rimanda anche per altre decisioni della magistratura contabile.

<sup>57</sup> In tal senso, le deliberazioni della Corte dei conti, Sez. riunite in sede giurisdizionale, 22 maggio 2019, n. 16, 4 luglio 2019, n. 17 e 29 luglio 2019, n. 25, secondo cui sebbene la mera partecipazione maggioritaria e proteiforme di soci pubblici disorganizzati non sia indice sufficiente a presumerne legalmente un controllo pubblico (in assenza di soci privati, o di prove della loro influenza dominante) tale partecipazione diffusa, unita ad altri indici di prova, potrà integrare una presunzione semplice, ai sensi dell’art. 2729 C.c. In sintesi, la partecipazione frammentata e diffusa maggioritaria non costituisce *ex se* prova o presunzione legale dell’esistenza di un coordinamento tra i soci pubblici, che deve invece essere accertato in concreto. Può invece costituire una presunzione semplice la cui valutazione (*ex art. 2729 C.c.*) è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che ammetterà solo quelle gravi, precise e concordanti ed in mancanza di prova contraria diretta. Tali deliberazioni, sono da segnalare anche per le puntuali critiche

enfaticamente proprio avuto riguardo alle società in cui vi sia la partecipazione del privato scelto con gara a doppio oggetto. Se ai fini del controllo pubblico, ciò che rileva è che la pubblica amministrazione “eserciti” o comunque sia nelle condizioni di esercitare un simile controllo, tale possibilità dovrà escludersi allorquando (pur in presenza di una partecipazione pubblica

---

all'orientamento ancor più rigoroso della Corte dei conti, Sez. riunite, contr. n. 11/2019 (SSRRCO/11/2019/QMIG); orientamento quest'ultimo più volte successivamente richiamato dalla varie sezioni di controllo della Corte dei conti (pur dovendo, se non si erra, le decisioni delle sezioni riunite in sede giurisdizionale prevalere su quelle delle sezioni di controllo, art. 11 comma 6, lett. e) del D.lgs. n. 174/2016 – Codice del “processo” contabile).

<sup>58</sup> Secondo tale impostazione la proteiformità della pubblica amministrazione non impedirebbe che il concetto di “pubblica amministrazione”, evocato dall'art. 2 T.u.s.p., possa e debba essere inteso “unitariamente”. Orientamento che si rinviene chiaramente nella delibera dell'ANAC del 25 settembre 2019, n. 859, e non, invece, nel primo orientamento del Mef innanzi citato ed erroneamente interpretato (almeno inizialmente) in tal senso e recepito dalle successive decisioni della Corte dei conti quale antecedente della posizione più estrema; estrapolando però testualmente solo i passaggi più netti in favore dell'ipotesi più estrema e non quelli che avrebbero quanto meno potuto sollevare dubbi circa le conclusioni assunte dal Mef. Sull'argomento, cfr. V. DONATIVI, *Rassegna analitica, cit.*, p. 193, che sottolinea come per il Mef «per qualificare una società a controllo pubblico congiunto, in assenza di patti parasociali o altri atti negoziali, è sufficiente la verifica di comportamenti concludenti dei soci pubblici» ma non già la mera partecipazione maggioritaria pubblica al capitale. Posizione più estrema che ricorre in: Corte dei conti, Sez. riunite contr., n. 11/2019 (SSRRCO/11/2019/QMIG); Corte dei conti, Sez. contr. Liguria, n. 3/2018/PAR, ove si rileva che “[...] mentre l'art. 2359 Cod. civ. [...] considera ‘società controllate’ quelle in cui ‘un'altra’ società dispone dei voti o dei poteri [...] indicati ai numeri 1), 2) e 3) della ridetta disposizione, in virtù del combinato disposto delle lett. b) ed m) dell'art. 2 T.u.s.p., vengono qualificate come ‘società a controllo pubblico’ quelle in cui ‘una o più’ amministrazioni dispongono dei voti o dei poteri indicati nel codice civile (a cui si aggiunge la fattispecie ulteriore e autonoma, indicata al secondo periodo della lett. b) dell'art. 2 del testo unico, del controllo avente fonte in norme di legge, statutarie o di patti parasociali che, per le decisioni sociali strategiche, richiedono il consenso unanime di tutti i soci)”; Corte dei conti, Sez. contr. Emilia-Romagna, n. 65/2018/VSGO; Corte dei conti, Sez. contr. Piemonte, n. 42/2018/PAR; contra, TAR Veneto, n. 363/2018; TAR Friuli-Venezia Giulia, 6 giugno 2018, n. 245; Con. Stato, 13 dicembre 2018, n. 578, tutte in [www.dirittoeconti.it](http://www.dirittoeconti.it) (e relative al medesimo primo caso concreto); TAR Lazio, 13 marzo 2019, n. 5118, in [www.giustaamm.it](http://www.giustaamm.it); TAR Marche, 11 novembre 2019, n. 695, in [www.moltocomuni.it](http://www.moltocomuni.it); TAR Emilia-Romagna, 10 dicembre 2020, n. 858, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); TAR Emilia-Romagna, 23 febbraio 2022, n. 252, in [www.comunerimini.it](http://www.comunerimini.it), per le quali la detenzione congiunta della maggioranza dei voti assembleari non coincide con il “controllo pubblico congiunto” che richiede, invece, l'effettivo esercizio di una “influenza determinante” (dei soci controllanti) sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società

maggioritaria), al socio privato venga riconosciuto un particolare ruolo nella governance che, impedendo quell'esercizio da parte della pubblica amministrazione, non consentirà di ascrivere la società a partecipazione mista pubblico-privata tra le società a controllo pubblico.

#### **4. Segue. L'irrelevanza della mera partecipazione pubblica maggioritaria ai fini del controllo pubblico**

L'affermazione che le società a partecipazione mista pubblico-privata, sebbene a partecipazione pubblica maggioritaria, non

---

partecipata. In senso favorevole, J. BERCELLI, La nozione di società a controllo pubblico nella giurisprudenza amministrativa, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, pp. 685 e ss.; in senso critico la prevalente dottrina: C. IBBA, Diritto comune e diritto speciale, *cit.*, p. 958, che ritiene infondata e comunque meritevole di essere contrastata «la propensione a letture marcatamente pubblicistiche o comunque tendenti ad ampliare oltre misura l'area dei vincoli e dei controlli, che pure in alcune sedi emerge»; V. DONATIVI, Società a controllo pubblico", *cit.*, p. 747; ID., Sulla nozione di società a controllo pubblico, *cit.*, pp. 13 e ss.; M. BIANCHINI, La nozione di controllo congiunto, *cit.*, p. 107, secondo cui la pretesa omologazione dell'autonomia decisionale del singolo ente pubblico-socio a quella di una «super pubblica amministrazione di fatto» si tradurrebbe nell'abdicazione del potere della singola P.A. di "autodeterminarsi" secondo il miglior perseguimento dei rispettivi interessi istituzionali; nello stesso senso le deliberazioni della Corte dei conti, Sez. riunite in sede giurisdizionale, 22 maggio 2019, n. 16; 4 luglio 2019, n. 17 e 29 luglio 2019, n. 25.

<sup>59</sup> Posizione che, dunque, sembrerebbe differenziarsi dalle precedenti in quanto ammetterebbe la prova contraria solo ove al socio privato fosse riconosciuta una influenza dominante e non anche quando si riesca a provare l'assenza di un "coordinamento" tra i soci pubblici. Decisioni queste che, come si evidenzierà nel successivo paragrafo, hanno particolare rilievo per il caso che ne occupa perché legittimano società a partecipazione mista pubblico-privata non a controllo pubblico. A tale orientamento viene ricondotta la deliberazione della Corte dei conti, Sez. riunite contr., n. 11/2019 (SSRRCO/11/2019/QMIG) successivamente richiamata da Corte dei conti, Sez. Emilia-Romagna, n. 10/2022/VSGO; Corte dei conti, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, n. 63/2020/PAR e n. 113/2021/PAR). Sul punto ci si limita ad osservare come, le perplessità di ricondurre tale deliberazione all'orientamento più rigoroso secondo cui la semplice maggioranza o la partecipazione totalitaria rappresenterebbe una presunzione iuris et de iure, troverebbe una contraddizione nell'obbligo di attuare e formalizzare misure e strumenti coordinati di controllo atte ad esercitare un'influenza dominante sulla società. Ed invero, presumere il controllo per la mera maggioranza e poi ritenere che gli enti abbiano l'obbligo di attuare le richiamate misure per il fine di esercitare l'influenza dominante significa, se non si erra, implicitamente dubitare che gli enti fossero nella condizione di "esercitare" quei "poteri di controllo" e, dunque, che non sussistesse un controllo tra i vari enti.

confluiranno nella “categoria” delle “società a controllo pubblico” deve, allora, essere puntualizzata alla luce della citata concezione “sostanzialistica” della nozione di controllo pubblico.<sup>60</sup>

Quale osservazione di carattere generale, occorre evidenziare che le considerazioni, volte ad escludere un controllo pubblico, troveranno applicazione sia nel caso di partecipazioni “pulviscolari” che nel caso di partecipazione “unitaria”. Sebbene la maggior parte delle decisioni avessero ad oggetto partecipazioni pubbliche “pulviscolari”, che solitamente rappresentano l’ipotesi più frequente della gestione dei servizi pubblici locali, la concezione “sostanzialistica” varrà anche quando il socio pubblico maggioritario (della società mista) sia una società interamente partecipata dagli enti locali. Sempre quale premessa, la stessa impostazione di partenza che occorra

---

<sup>60</sup> Per le più significative v.: Corte dei conti, Sez. riunite contr., n. 11/2019 (SSRRCO/11/2019/QMIG) su “richiesta di pronunciamento di orientamento generale”, avanzata della Sezione regionale di controllo per l’Umbria con deliberazione n. 57/2019/PAR, cui ha fatto seguito la deliberazione della Corte dei conti, Sez. reg. contr. Umbria, n. 77/2019/PAR (aventi ad oggetto la qualifica come società a controllo pubblico di due società esercenti la gestione del servizio idrico integrato, con partecipazione pubblica maggioritaria, ma frammentata tra più amministrazioni ciascuna delle quali con quote insufficienti ad assicurare una posizione di controllo individuale: la società Umbra Acque s.p.a., con partecipazione di diversi comuni per il 60% e di ACEA s.p.a. per il 40%; e la società S.I.I. s.p.a., con partecipazione dei comuni per il 75% e di una società interamente controllata da Acea per il 25%); Corte dei conti, Sez. reg. contr. Umbria, n. 76/2019/PAR (avente ad oggetto la partecipazione minoritaria del Comune di Perugia (45%) nella Gesenu s.p.a. esercente il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti, spazzamento strade e gestione di impianti per il trattamento dei rifiuti); le sentenze delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti (22 maggio 2019, n. 16, 4 luglio 2019, n. 17 e 29 luglio 2019, n. 25) sui ricorsi proposti dalla Società Marche Multiservizi S.p.A. per l’annullamento di una serie di deliberazioni della Sezione regionale di controllo per le Marche (rispettivamente per le deliberazioni nn. 61/2018/VSG del 19 dicembre 2018, 68/2018/VSG del 20 dicembre 2018 e 62/2018/VSG del 19 dicembre 2018, quanto alla sentenza n. 16/2019; per la deliberazione n. 60 del 19 dicembre 2018, quanto alla sentenza n. 17/2019; e la deliberazione n. 54/2018/VSG del 27 novembre 2018, quanto alla sentenza n. 25/2019); TAR Marche, Ancona, 11 novembre 2019, n. 695, in *Foro it.*, 2020, III, pp. 308 e ss., in accoglimento del ricorso con cui veniva impugnata la deliberazione del Consiglio Comunale di San Benedetto del Tronto avente ad oggetto il piano 2018 di razionalizzazione periodica delle partecipazioni (ex art. 20 T.u.s.p.) nell’ambito del quale la società Picenambiente SpA, partecipata dal Comune di San Benedetto del Tronto e da altri comuni del territorio, era stata classificata come “società a controllo pubblico”.

differenziare la disciplina delle società miste “*lato sensu*” da quelle miste in “senso stretto” deve essere verificata per essere confermata.

Ed invero, non deve essere sopravvalutata l’affermazione che si rinviene in alcune decisioni che, seppur aventi ad oggetto società a partecipazione mista pubblico-privata, sottolineano che le questioni sottoposte alla loro analisi siano da ricondurre ad una richiesta di definizione della nozione di controllo pubblico nelle società “genericamente” qualificate come “miste” in quanto partecipate da soci pubblici e da soci privati.<sup>61</sup>

In realtà, una più attenta lettura delle decisioni che costantemente escludono il controllo, in presenza di una “peculiare” posizione riconosciuta al privato, sembrano ammettere tale soluzione solo per le società miste in senso stretto e, dunque, confermare che per la magistratura contabile la possibilità di società non a controllo pubblico sia “tollerata” solo per quelle società in cui al socio privato, in tanto può attribuirsi un ruolo tale da escludere il controllo, in quanto ciò sarebbe consentito dalla stessa “*fattispecie* così come delineata dal legislatore.”<sup>62</sup> In tale prospettiva deve interpretarsi anche l’obbligo di attuare e formalizzare “misure” e “strumenti” coordinati di controllo che la magistratura contabile in sede di controllo pone a carico degli enti nel caso di società miste in senso lato nonché il “monito” agli enti pubblici di riconsiderare “attentamente” il mantenimento di una partecipazione marginale (e priva di controllo

---

<sup>61</sup> Così, Corte dei conti, Sez. reg. contr. Umbria, n. 76/2019/PAR, che specifica, altresì, che le conclusioni cui si addiverrà, saranno da intendere a titolo meramente esemplificativo e quindi come tali da estendere a tutti gli enti partecipati che presentano gli stessi requisiti. In altri termini, sembrerebbe che la diversità degli interessi perseguiti e, in particolare, il diverso ruolo del privato nell’una piuttosto che nell’altra delle società “miste” (in senso stretto ovvero in senso lato) non abbia conseguenze sulla modalità in cui dovrà ricostruirsi e/o ritenersi o meno configurato l’eventuale controllo del socio pubblico.

<sup>62</sup> E cioè tale deliberazioni, seppur discorrono “genericamente” di società miste richiamano poi quale antecedente e, dunque, quale argomentazione *per relationem* le decisioni della Corte dei conti, Sez. contr., 20 giugno 2019, n. 11 (SSRRCO/11/2019/QMIG) e le sentenze delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti (22 maggio 2019, n. 16, 4 luglio 2019, n. 17 e 29 luglio 2019, n. 25) che espressamente si riferiscono alle società miste con scelta del socio mediante gara a doppio oggetto.

pubblico ancorché congiunto) che non garantirebbe “adeguatamente” il raggiungimento delle finalità istituzionali.<sup>63</sup> Di qui la critica della non conformità di tale orientamento con le diverse “tipologie” di società a partecipazione pubblica ammesse dal Testo unico e il rilievo, de iure condendo, di una modifica volta chiaramente a differenziare le diverse “fattispecie” in cui vi sia una coabitazione pubblico-privata e (eventualmente ed espressamente) richiedere – per quelle a partecipazione pubblica maggioritaria in cui non sia rilevante la “scelta” e il “ruolo” da attribuire al socio privato – la necessità di un controllo pubblico.

Quanto al rilievo da ascrivere alla partecipazione pubblica maggioritaria, la conclusione pressoché pacifica e costante di tutte le decisioni – che si sono occupate dei requisiti necessari perché possa configurarsi un controllo pubblico (e, dunque, anche di quelle che assumono una posizione più estrema nel senso di ritenere

---

<sup>63</sup> Emerge, cioè, chiaramente la “tendenza” (di una parte delle sezioni di controllo della magistratura contabile) di riportare tutte le società a partecipazione pubblica “pulviscolare” maggioritarie (e a maggior ragione totalitarie) in quelle a controllo pubblico e l’intento di “relegare” le ipotesi di società a mera partecipazione pubblica a quelle miste in senso stretto che abbiano optato per un’articolazione statutaria che affidi al socio privato (o a più soci privati, anche unitamente ad alcune amministrazioni pubbliche) un’“influenza” tale da escludere il controllo pubblico. In realtà, tale tendenza sembra, in alcuni casi, trasformarsi anche in un’opera di “convincimento” se non di “condizionamento” nei provvedimenti aventi ad oggetto gli esiti del controllo dei piani di razionalizzazione (sia straordinari che ordinari) nella misura in cui si “invitano” le società a riconsiderare “attentamente” il mantenimento di una partecipazione marginale, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 4, comma 1, del T.u.s.p.; in altri termini richiamando chiaramente gli orientamenti che ritengono “illegittima” una partecipazione “pulviscolare” in assenza di controllo pubblico, v. *ex multis*: Corte dei conti, Sez. contr. Toscana, 9/2023/VSG; Corte dei conti, Sez. contr. Emilia-Romagna 9/2021/VSGO e 106/2021/VSGO; Corte dei conti, Sez. contr. Emilia-Romagna, 38/2021/VSGO. Ancor più singolare che tale “suggerimenti” avvengano anche, seppur più timidamente, nei confronti delle società miste in senso stretto, pur dopo aver escluso la configurabilità della società come società a controllo pubblico, v. Corte dei conti, Sez. contr. Lazio, 32/2020/VSG che – nell’analizzare il piano di revisione straordinaria del Comune di Latina e pur prendendo atto che il TAR Lazio, 19 aprile 2019, n. 5118 (in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)) avesse escluso la “qualifica” di società a controllo pubblico, per la società a partecipazione mista pubblico-privata (nel caso di specie Acqua latina s.p.a.) – auspica un raccordo tra tutti soci pubblici, ai fini di un esame congiunto della questione (i.e. di riconsiderare la possibilità di “formalizzare” il controllo pubblico).

“sufficiente”, ai fini della configurazione del controllo, la mera partecipazione pubblica maggioritaria)<sup>64</sup> – è di escludere tale controllo tutte le volte in cui dalle disposizioni statutarie o contrattuali emerge chiaramente ed univocamente che il socio privato concorra in modo determinante alla governance della società.

A tal fine viene attribuita una certa rilevanza anche alle eventuali prescrizioni del contratto di servizio, confermando così il corretto ruolo che deve attribuirsi allo stesso ai fini della sussistenza di un controllo contrattuale. Sarebbe da aggiungere che questa articolazione è anche quella che si ritiene sia da preferire in quanto più conforme allo stesso ruolo da riconoscere al socio privato ove non si riesca a superare il “preconcetto” di attribuirgli una partecipazione maggioritaria,<sup>65</sup> soluzione che sarebbe da preferire anche nell’ottica di una maggiore allocazione del rischio di impresa in capo al socio privato.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Per tutte Corti dei conti, Sez. riunite contr., 20 giugno 2019, n. 11(SSRRCO/11/2019/QMIG).

<sup>65</sup> Preconcetto che potrebbe superarsi sol che si consideri che non avrebbe alcun senso mantenere una partecipazione maggioritaria se poi per il ruolo e le stesse finalità della società a partecipazione mista in senso stretto e per la chiara scelta del legislatore di una concezione del controllo pubblico “dinamica” si può arrivare alla stessa (o anche forse ancor più accentuata) situazione di una partecipazione maggioritaria del socio privato. Che tale possibilità sia confermata dalla disciplina del T.u.s.p. si ricaverebbe non solo dall’aver fissato un tetto minimo alla partecipazione del privato (che dunque renderebbe legittima una partecipazione maggioritaria dello stesso) ma dal fatto che il legislatore riserva alle società miste un’apposita disciplina funzionale all’attuazione del rapporto sociale, anche in ordine agli strumenti per l’integrazione di situazioni di controllo. In tale ottica si è osservato come la presenza degli amministratori e sindaci di parte pubblica nei rispettivi collegi potrà essere assicurata (non necessariamente) anche mediante meccanismi di nomina extra-assembleare, nel rispetto del principio di “proporzionalità”, conformemente all’art. 2449 C.c. Il tema è quello di riuscire a garantire un’equilibrata distribuzione tra socio pubblico e privato della designazione degli amministratori esecutivi e non esecutivi e dei sindaci (o dei consiglieri di gestione e di sorveglianza nel sistema dualistico) e ancor più in generale del controllo che deve riconoscersi al socio pubblico in tale “tipo” di società.

<sup>66</sup> R. OCCHILUPO - G. ROMA, *Le società miste*, *cit.*, p. 496, che sottolineano come «la società mista possa effettivamente presentare massimi vantaggi nel caso in cui sia garantito un certo “peso” nella gestione e quindi in presenza di una sua partecipazione maggioritaria».

Nello specifico, quanto alle possibili articolazioni statutarie e/o parasociali idonee ad escludere un controllo pubblico, si è ritenuta rilevante la circostanza del voto “decisivo” del socio privato per la modifica dello statuto e per qualsiasi altra deliberazione dell’assemblea ordinaria e straordinaria ovvero l’attribuzione allo stesso di altri poteri (di veto).<sup>67</sup> Ancora, non si potrà discorrere di controllo pubblico allorquando al socio privato spetti la nomina della maggioranza degli amministratori o dell’amministratore delegato a cui lo statuto assegni ampi poteri gestori.

Ciò in piena adesione all’orientamento secondo cui l’“influenza dominante” sia quella che avviene esclusivamente su tutta l’attività di impresa attraverso l’organo amministrativo. Significativo che, dalla prima versione dell’art. 17 dello schema del T.u.s.p., sia stata eliminata sia la previsione che il socio o i soci pubblici dovessero mantenere, in ogni caso, una posizione di controllo “individuale” o “congiunto” della società sia quella che attribuiva al socio privato la designazione dell’amministratore unico o dell’amministratore delegato.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> In tal senso, Corte dei conti, Sez. reg. contr. Umbria, n. 79/2019/PAR: *“La circostanza che tutti i soci pubblici, pur volendo convergere verso una logica di attuazione del T.u.s.p., non dispongano degli strumenti statuari per operare in quella direzione senza il consenso del socio privato, costituisce la controprova dell’insussistenza di un controllo pubblico (in sé logicamente incompatibile con la contemporanea presenza di un controllo privato o congiunto)”* ed ancora: *“Qualora l’assetto statutario escluda la concreta possibilità che i soci pubblici possano incidere sulle “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività ‘sociale’ ai sensi dell’art. 2, lett. b), T.u.s.p., senza il consenso del socio privato, il controllo pubblico non è configurabile”*; conseguentemente, l’assunzione di decisioni conformi alle disposizioni del T.u.s.p. non è nella disponibilità dei soci pubblici che per tale scopo necessitano del consenso del socio privato. Sul punto, ci si limita ad osservare come anche tale assetto (cui abitualmente si ricorre nella prassi) potrebbe determinare quello che è stato definito uno stallo da “partecipazione giuridicamente paritetica” e dove allora (ma la questione qui può solo essere accennata) occorrerà verificare quali delle diverse soluzioni prospettate siano compatibili con la società a partecipazione mista pubblico-privata; pur evidenziando come le poche soluzioni che si sono rinvenute negli statuti prevedono l’obbligo di convocare un certo numero di volte l’assemblea superato il quale, senza che si addivenga ad una decisione, si riducono i quorum deliberativi in misura tale da consentire al socio pubblico di deliberare; nel caso di “stallo decisionale dell’organo amministrativo”, il rimedio più utilizzato è il c.d. casting vote.

<sup>68</sup> In tal senso disponeva l’art. 17, rispettivamente al comma 3 e comma 5, lett.

Ed ancora, pur a fronte della detenzione della maggioranza delle quote societarie da parte di uno o più enti pubblici, dovrà escludersi un controllo pubblico nel caso in cui l'influenza dominante del socio privato (o di più soci privati) sia da ritenere "congiunta" ad alcune delle amministrazioni pubbliche socie. Situazione, quest'ultima, che pur riassunta con la locuzione "controllo congiunto misto pubblico-privato"<sup>69</sup> non consentirà di qualificare la società quale società a controllo pubblico atteso che la definizione, contenuta nella lett. m) dell'art. 2 del T.u.s.p., richiede espressamente che debba trattarsi di "più amministrazioni".<sup>70</sup> La partecipazione pubblica maggioritaria (sia pulviscolare che unitaria) rappresenta, dunque, solo un indice "presuntivo"<sup>71</sup> del controllo pubblico superabile attraverso la prova di

---

a), dello schema di Decreto legislativo in materia di società partecipate. Nella Relazione illustrativa non si rinvencono le motivazioni di tale soppressione ma è verosimile dedurre che ciò sia dipeso proprio dalla considerazione della inconciliabilità della "contestualità" delle due previsioni, così come correttamente evidenziato dalla magistratura contabile.

<sup>69</sup> Il riferimento è ad esempio al potere di veto riconosciuto al privato "unitamente" a quello del socio pubblico. In altri termini, nelle società a partecipazione pubblica si possono configurare diversi "situazioni" di controllo (pubblico, misto, e privato) e, in tale ottica, si spiegherebbe la scelta del legislatore di tenere separata la definizione di "controllo" tout court da quella di "società a controllo pubblico" così, M. BIANCHINI, La nozione di controllo congiunto, *cit.*, pp. 44-45.

<sup>70</sup> In senso contrario F. GUERRERA, Le società a partecipazione mista, *cit.*, p. 122, secondo cui la configurabilità della società mista in senso stretto quale società "a controllo pubblico" si avrebbe anche ove sia configurabile un "controllo congiunto" pubblico-privato, con necessaria applicabilità degli artt. 11 e 13 del Testo unico.

<sup>71</sup> Come specificato dalle sentenze della Corte dei conti, Sez. riunite in sede giurisdizionale n. 16/2019, n. 17/2019 e n. 25/2019: *"la partecipazione pubblica diffusa, frammentata e maggioritaria non costituisce ex se prova o presunzione legale (né juris tantum né tantomeno iuris et de jure) dell'esistenza di coordinamento tra i soci pubblici, che deve invece essere accertato in concreto"*; può invece costituire un mero indice presuntivo per la Sezione di controllo competente ad effettuare un'approfondita istruttoria al fine di procedere all'accertamento dello status di "società a controllo pubblico", specialmente in presenza di partecipazione "private", anche ai soli fini del T.u.s.p. (art. 1, comma 5). In senso contrario: la deliberazione dell'Anac del 25 settembre 2019, n. 859, secondo cui (ai fini della applicabilità delle norme previste per le società a controllo pubblico nella Legge n. 190/2012 e nel D.lgs. n. 33/2013) «la partecipazione maggioritaria (unitaria o frammentata) configurerà una presunzione di controllo *juris tantum* e spetterà alla società dimostrare sia l'assenza del coordinamento formalizzato tra i soci pubblici, desumibile da norme di legge, statutarie o da patti parasociali, sia l'influenza dominante del socio privato, ove presente nella

una posizione dominante del socio privato (o dei soci privati) ovvero anche congiuntamente al socio pubblico; ciò in piena adesione anche per quanto attiene alla governance della società del particolare ruolo che il legislatore (e prima ancora la prassi) ha inteso assegnare al partner privato e che si ritiene essere caratteristica indefettibile della “fattispecie” società a partecipazione mista pubblico-privata.<sup>72</sup>

---

compagine societaria».

<sup>72</sup> Altro elemento imprescindibile ed inderogabile del “modello” società a partecipazione mista pubblico-privata è il carattere “temporaneo” della partecipazione del socio privato avente quale corollario l’inderogabile “intrasferibilità” della stessa. L’intrasferibilità della partecipazione del socio privato è sicuramente giustificata dalla necessità di evitare l’elusione della disciplina pubblicistica della scelta dello stesso socio. È indubbio che ammettere una cessione della partecipazione del socio privato significa eludere la stessa previsione sulla durata temporanea della sua partecipazione, oltre che disattendere le finalità del rispetto dell’evidenza pubblica attribuita alla gara a doppio oggetto e lo schema causale della fattispecie. Né sembra sia possibile individuare situazioni in cui possa sussistere una necessità e/o opportunità di un trasferimento della partecipazione del privato diversa ed ulteriore rispetto a quella di consentire il “ricambio” (periodico e/o per sopravvenute “modifiche”) del socio privato la cui partecipazione è appunto “collegata” e “legata” al compimento di un singolo affidamento. In tale prospettiva, per queste tipologie di società, si è escluso che possa crearsi un “mercato” delle partecipazioni fino alla conclusione degli affidamenti. La cessione, infatti, concretizzerebbe una modifica delle stesse condizioni essenziali per attuare il progetto da perseguire con la costituzione della società “mista”, se è vero che le particolari regole dell’affidamento renderebbero “infungibile” la prestazione del socio privato operativo; cfr., F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società*, cit., p. 565; E. CODAZZI, *Le società miste*, cit., p. 314.

# **Energy transition: the role of tax and excise leverage. The necessary revision of Directive 2003/96/EC**

**di Loredana Strianese**

*Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Napoli*

## **ABSTRACT**

The current climate crisis means that there is an urgent need to intervene in energy matters, at national and EU level, encouraging the use of renewable energy sources: taxation can also play a significant role, promoting environmentally friendly production and behaviour.

Among the possible interventions aimed at energy transition, it is worth mentioning the modification of excise duties: by abandoning their application for mere revenue reasons, their aptitude for pursuing extra-fiscal demands of environmental interest emerges.

In this regard, it can no longer be postponed to amend Council Directive 2003/96/EC, which, by providing for minimum rates of taxation on energy products, does not adequately promote greenhouse gas emission reductions and favours the use of fossil fuels, allowing for widely divergent national rates and a wide range of exemptions and reductions. This was recently reflected in the proposal for a directive COM (2021) 563 final — not yet approved by the Council — which, by rewriting the text of Directive 2003/96/EC and providing for higher taxation of the most polluting fuels, promotes the use of clean fuels.

The need to steer excise duties on energy products towards green objectives is also discernible in the Italian scenario: the enabling act No. 111/2023 envisages a remodulation of rates calibrated to the

‘environmental impact of each product’, going beyond the current setting independent of the harmful emissions they release.

In conclusion, having established the need for excise reform, it is worth examining its effects and the underlying social issues. Increased taxation on the most polluting products will in fact have a significant economic and social impact, potentially causing energy poverty problems. These effects could be stemmed through the remodulation of taxation on labour and through specific subsidies or incentives (social tariffs or bonuses) in favour of the economically weaker.

**KEYWORDS:** Energy taxation - Energy transition - Excise duties - Directive 2003/96/EC - Economic and social effects.

## **SOMMARIO**

**1.** Foreword - **2.** The taxation of energy products in our Country - **3.** The environmental impact of energy products - **4.** The European excise matrix and the harmonisation process: profiles of misalignment between Member States - **5.** The role of excise duties in the European energy transition: the necessary revision of Directive 2003/96/EC - **6.** Excise duties and the fight against climate change in the Italian legal system: the enabling Act for tax reform of 9 August 2023, no. 111 - **7.** Concluding remarks

### **1. Foreword**

Excise duties constitute a harmonised levy aimed at affecting widely consumed and highly induced goods and services such as electricity, gas or transport. In the process of European

harmonisation, however, excise duties suffer from a contradiction linked to their very nature, being at the same time the subject of harmonisation at EU level but also a fundamental instrument of each Member State's internal taxation and revenue for each country's budget. For Italy, they represent the third largest levy in terms of revenue after direct taxes and VAT (amounting to over EUR 35 billion for energy products alone).

The regulatory framework was outlined by a series of Directives for the reorganisation and rationalisation of the entire matter stratified over time until the issuing of Directive 2003/96/EC,<sup>1</sup> implemented in Italy by Legislative Decree No. 26 of 2 February 2007.<sup>2</sup>

The latter broadened the scope of 'products subject to' excise duty, replacing 'mineral oils' with the broader category of 'energy products'

---

<sup>1</sup> Directive No. 2003/96/EC of 27 October 2003, so-called 'energy taxation', introduces important principles of energy taxation, "*energy taxation*", introduces important principles on the subject of energy taxation, extending the list of products, other than mineral oils, to be subjected to the harmonised excise duty system, among which, in addition to petroleum derivatives, also coal and petroleum coke, as well as oils of vegetable origin, are included: the purpose of the directive is to reduce carbon dioxide emissions in order to obtain positive environmental effects, to encourage a more efficient use of energy, so as to reduce dependence on its importation. To pursue these objectives, it is considered to further affect the divergence of rates applied by Member States on the products in question by recalibrating the minimum levels, so as to mitigate the resulting distorting effects on competition, by extending harmonised taxation to energy products other than mineral oils and electricity, and to set more appropriate Community minimum levels of taxation. Among the main innovations is the extension of the scope of the aforementioned Directive 92/12/EEC and the repeal of Directives 92/81/EEC and 92/82/EEC, with the replacement of the category of excisable products 'mineral oils' by a much broader category of 'energy products', which is linked to the capacity to produce heat or motion in relation to its energy content rather than its commodity characteristics. In addition, electricity is added to this category, for which excise duty now applies in place of the former (non-harmonised) consumption tax.

<sup>2</sup> Legislative Decree No. 26 of 2 February 2007, in transposing Council Directive 2003/96/EC, implementing the delegation referred to in Law No. 62 of 18 April 2005, so-called "Community Law 2004", with art. 21 Legislative Decree No. 504/1995, broadened the list of '*Products subject to excise duty*', referring to the category of energy products, which included vegetable oils, methyl alcohol, products under code 3824 90 99 (which includes biodiesel), coal, lignite, coke, and natural gas. In implementing the option of taxing the aforementioned products for reasons of environmental policy, paragraph 9 of the new Article 21 of the TUA establishes that, as a general rule, all energy products referred to in paragraph 1 of the same article and intended for the production of electricity are subject to excise duty with the application of the rates provided for in Table A annexed to the TUA.

(vegetable oils, methyl alcohol, coal, lignite, *coke* and natural gas) for which minimum levels were set for the first time.

Community taxation, in order to enable the current differences between national levels of taxation to also be reduced.

The Directive also harmonises at European level the taxation of electricity and thus also that of coal and petroleum *coke*; this means that these products, already provided for in Italy as products subject to non-harmonised excise duty, become subject to harmonised excise duty (so called 'out-of-field'), even though they are intended for carburation or combustion, without prejudice, however, to the application of the provisions relating to the circulation of such products. Directive No. 2008/118/EC (transposed in Italy by Legislative Decree No. 48 of 29 March 2010<sup>3</sup>) also brought about major changes in the regime of the intra-community movement of products subject to excise duty and in the identification of new entities obliged to pay the tax (and to provide the relevant guarantee), which are added to the figure already provided for by the holder of the tax warehouse, they are: the authorised warehousekeeper and the consignor.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> The decree implementing Council Directive 2008/118/EC, issued under the delegated power conferred by Law No. 88 of 7 July 2009, the so-called "2008 Community Law", simplifies procedures and increases transparency in intra-Community trade, introducing for the movement of products subject to excise duty under excise-duty suspension arrangements the Excise Movement and Control Computerised System ("EMCS").

<sup>4</sup> Directive 2018/2002 of the European Parliament and of the Council or amending Directive 2012/27/EU "*establishes a common framework of measures to promote energy efficiency within the Union in order to ensure the achievement of the Union's headline target for energy efficiency of 20 per cent for 2020 and the achievement of the headline target for energy efficiency of at least 32.5 per cent for 2030*". Environmental quality protection is also the subject of COM (2018) 773 final, entitled '*A Clean Planet for All. Europe's long-term strategic vision for a prosperous, modern, competitive and climate-neutral economy*', in which it is denoted that energy is of paramount importance in the transition to a net-zero greenhouse gas-emitting economy and that, with a view to making this transition, the benefits from energy efficiency, which should play a primary role in zero emissions by 2050, should be maximised, renewable energies should be deployed as much as possible, with a view to having an energy system in which primary energy will have to be derived mainly from renewable sources.

It was transfused into a new Council Directive (EU) 2020/262 of 19 December 2019 in the Official Journal of the EU L 58 of 27 February 2020, with effect from 13 February 2023. The issuance of a new Directive (recasting and reordering the text) corresponds, on the one hand, to reasons of clarity due to the changes that have occurred over time and, on the other hand, to requirements to allow the EU Commission delegated and implementing powers in accordance with Articles 290 and 291 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) introduced following the Lisbon Intergovernmental Conference.

As clarified, 'the conditions for levying excise duty on products covered by Directive 2008/118/EC must remain harmonised in order to ensure the proper functioning of the internal market'. Furthermore, the Directive considers 'it is appropriate to specify the excise goods to which the same Directive applies and to refer for this purpose to Council Directives 92/83/EC, 92/84/EC, 2003/96/EC and 2011/64/EU'.

It also states that 'excise goods may be subject to other indirect taxes for specific purposes', but in such cases 'in order not to jeopardise the useful effect of the Union's rules on indirect taxes, Member States should respect certain essential elements of those rules'. In implementing the aforementioned Directive, Legislative Decree No. 180 of 5 November 2021 was adopted, which provides for the first time a definition of 'taxable event', entirely absent in the past. It also marks the alignment of excise duties with customs procedures, in respect of which the EU Parliament by Decision No. 2020/262 of 15 January 2020 enshrined new rules to ensure the effectiveness of computerised movement controls and shorter customs time for excise goods.

The domestic regulations, contained in the 'Testo Unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui Consumi' (TUA), enacted by Legislative Decree No. 504 of 26 October 1995 (in Suppl. ord. to G.U. No. 279 of 29 November), reorganised a series of uncoordinated regulatory provisions that had been stratified

over time until then, thus achieving the objective of coordination and harmonisation in the field of excise duties following the completion of the single internal market. The TUA was amended several times over the years to meet the necessary requirements dictated by the European integration process and the new rules that emerged from the new market. One thinks, in fact, of the enlargement of the number of obliged parties, the extensions on the tax concessions for mineral oils and Liquefied Petroleum Gas, better known by the acronym LPG, the changes made to the terms of payment, and the introduction of an ecological and environmental contribution.

## **2. The taxation of energy products in our Country**

As is well known, the level of taxation on energy products is among the highest in Europe (we are the country with the highest taxation on petrol among the 27 EU members, and the second highest on diesel after the Netherlands).

In addition to the economic effects on production and consumption, it is evident how high taxation makes evasion, smuggling and other illicit practices particularly convenient in order to offer the end consumer cheaper conditions at the pump.

In this context, next to interventions on the levy measure, of particular importance is the proposal for a Directive No. 563 *final of* 14 July 2021 redefining the Union's regulatory framework for the taxation of energy products, which marks a change of perspective<sup>5</sup> in

---

<sup>5</sup> As clarified in the preamble of the directive, "the new reform aims to realign energy taxation with the EU's green policy objectives, with incentives for energy efficiency, less polluting energy sources and cleaner technologies. Furthermore, as in the current directive, the objective of ensuring fair tax competition between operators in the energy market is maintained upstream of the revision. The aim is also to encourage Member States to increase their revenues from green taxes, which the Commission considers less harmful to growth than taxation on labour. According to the *Taxation Trends in the European Union 2021*, published last June and reporting data for 2015, revenues from environmental taxation account for 5.5 % of the total tax revenue collected in the EU'. In the national sphere, see Legislative Decree no. 387 of 29 December 2003, which transposed Directive 2001/77/EC, and then Legislative Decree no. 28 of 3 March 2011, which transposed the 2009 Directive, as a framework law on energy sources. See R. SANTI, *Energy*

adherence with the climate-energy framework<sup>6</sup> and the “FIT 55” programme, adopting a scale of rates based on the environmental performance of different energy products. The reform is driven by the profound evolution of technologies in the field of energy production, storage and supply, a consequence of the profound transformation of energy markets. The proposal for a directive therefore abandons the apparent neutrality of taxation mechanisms (in fact incentivising the consumption of fossil fuels), replacing the levy model anchored to volume with one linked to energy content. It is precisely the modulation of rates, to be arranged gradually so as to avoid effects.

devastating in the economy, is the right way to pursue the goal of zero emissions, appreciating the close interpenetration between energy transition and taxation, by grouping energy products, used as motor or heating fuels, and classifying them according to their environmental performance, moreover defined in relation to the European *Green Deal* document and the ‘FIT 55’ proposals. According to this modulation, higher rates will apply to conventional fossil-based fuels (transport) and household fuels, while lower rates (2/3 of the maximum rates) will apply to less harmful fuels (LPG and hydrogen of fossil origin) and again to conventional biofuels.

Lower rates may apply to advanced biofuels, bioliquids, biogas and hydrogen from renewable sources. Fundamental to this change of perspective is the concept of ‘environmental performance’, the latter defined with regard to the specific characteristics of the different products also in the light of technological developments and in line with the other proposals of the ‘Fit for 55’ package (revision of the EU ETS and the new Renewable Energy Directive II).

---

and the Environment, in B. CARAVITA - L. CASSETTI -A. MORRONE (eds.), *Environmental Law*, Bologna 2016, p. 245.

<sup>6</sup> It sets three main targets to be achieved by 2030: at least 40 per cent reduction in greenhouse gas emissions compared to 1990 levels, at least 27 per cent share of renewable energy, at least 27 per cent improvement in energy efficiency.

This manoeuvre on tax rates should be accompanied by a set of incentives for zero-emission energy production that should make it worthwhile for companies and even individual consumers to choose clean energies also in order to take into account specific needs. In this sense, it is clarified that “different minimum levels of taxation” should be established for motor fuels used for transport,<sup>7</sup> for motor fuels used for meritorious purposes (e.g. in the primary sector), for heating fuels and electricity or for households in economic difficulties (all according to a harmonised EU definition of vulnerability that could also allow for a 10-year exemption from the date of entry into force of the directive under Art. 17(c)). With regard to certain sectors (agricultural, horticultural or aquaculture work as well as forestry), reductions in the level of taxation would be applicable at no less than the minimum values for energy products used for heating and electricity (cf. Art. 17(d)). In line with the objectives of the proposal,

---

<sup>7</sup> See Explanatory Memorandum to the proposed Directive, which states that ‘without prejudice to international aviation agreements, energy products and electricity supplied for intra-EU air navigation (with the exception of those supplied for cargo-only flights) and for intra-EU waterborne navigation, including fishing (see Articles 14 and 15) should be taxed. A different level of taxation would apply to the use of energy products and electricity for non-business aviation and intra-EU non-freighter flights. Energy products and electricity used for business aviation and intra-EU pleasure flying should be subject to the *standard* levels of taxation applicable to motor fuels and electricity in the Member States. In order to ensure a smooth implementation of the provisions for non-business aviation and intra-EU non-fleet flights, minimum levels of taxation for the use of motor fuels would be reached during a transitional period of ten years, while sustainable alternative fuels (including sustainable biofuels and biogas, low-carbon fuels, advanced sustainable biofuels and biogas, and renewable fuels of non-biological origin) and sustainable electricity would have a minimum tax rate of zero for ten years. Energy products and electricity used for intra-EU air navigation for the transport of cargo only should be exempt with the possibility for a Member State to tax these fuels for domestic cargo-only flights or under bilateral or multilateral agreements with other Member States. For *extra-EU air navigation*, without prejudice to international obligations, Member States may exempt or apply the same levels of taxation as for intra-EU air navigation, depending on the type of flight. As regards waterborne navigation, considering the risk of refuelling outside the EU, a different level of taxation would apply to the use of energy products and electricity for regular intra-EU maritime and inland waterway navigation services (from an EU port to another EU port), fishing and transport of goods. Energy products and electricity used for other intra-EU waterborne navigation (including inter alia navigation by private pleasure craft) should be subject to the *standard* levels of taxation applicable to motor fuels and electricity in the Member States’.

no distinction should be made between the commercial and non-commercial use of gas oil as motor fuel and the commercial and non-commercial use of heating fuels and electricity. In this sense, the new directive enhances the environmental nature of excise duties, not by chance defined as green, to which should be added *green premiums*, i.e. *bonuses* for the direct use of mini-green energy production and storage plants at the place of use (think of low-enthalpy geothermal, mini-wind, solar and hydrogen mono plants). At the same time, *green premiums* could also be granted for widespread clean energy storage infrastructures and instruments (which tend to be intermittent) such as new-generation flow bacteria, thermal storage systems, storing heat generated during the day or during periods of irradiation to convert it into energy when needed, etc. By balancing taxation instruments on fossil fuels and *green* incentives, fiscal policies can be effective if they are appropriately inserted and coordinated with strategic energy planning that consciously takes on an environmental and value-oriented purpose.

### **3. The environmental impact of energy products**

Given these primary specifications and classifications, it is emphasised that not all energy products have the same impact on the environment, since some of them (such as fossil fuels) produce harmful emissions capable of altering the planet's temperature and climate: the seriousness assumed by the climate crisis makes a cohesive approach in the fight against global warming necessary and no longer procrastinable, not only at the EU level, but also at the global level.<sup>8</sup> Repeating what the Commission stated in COM(2020) 562final, 'well-designed tax reforms can promote economic growth, job creation and resilience, and foster a just transition', it is

---

<sup>8</sup> G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milan, 2008, p. 25, where the author considers that '*if the world is unique, policies cannot be different. If the world is unique, the rules cannot be partial. Either they are general or they are not. In the present time, if they are not general, rules are just nonsense*'.

undeniable that, in this context, tax leverage and financial instruments assume a particularly significant role, as they can promote environmentally friendly production and behaviour.

In line with the 17 goals to be achieved by 2030 (*Sustainable Development Goals*), set out in the Agenda 2030 document<sup>9</sup> for sustainable development approved in 2015 and, subsequently, taken up by the EU institutions, with communication COM(2016)739, *The Sustainable Future of Europe*, through the document called the *European Green New Deal*<sup>10</sup> and, most recently, with communication COM (2021), 550 *final, Fit for 55*,<sup>11</sup> the urgency of an ecological transition that is also an opportunity for economic and social growth is manifested.

In this scenario, the need to intervene in energy matters, encouraging the use of renewable sources and disincentivising waste and pollution, in order to favour the gradual transition from a linear economy, based on maximising production and consumption, to a circular economy, capable of regenerating itself. In fact, as is well known, energy production takes place through combustion processes

---

<sup>9</sup> Resolution No. 70/1, adopted by the UN General Assembly on 25 September 2015, *Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development*. This is an Agenda for Action for People, Planet and Prosperity, signed by the governments of the 193 UN member states. Officially launched in 2016, the Agenda aims to guide action up to 2030 by incorporating 17 *Sustainable Development Goals* (SDGs) - a total of 169 *targets*.

<sup>10</sup> COM(2019) 640 *final*. See T. ROSEMBUJ, *Climate Change and the New Green Deal*, in *Rivista giuridica ambiente diritto.it*, no. 4/2019, p. 8; A. GIANNETTI, *Il Green new deal americano e europeo e il Green new deal per l'Italia*, in *Finanziamenti su misura news*, no. 11/2019, p. 8; S. MORATTI, *Green Deal europeo: nuove prospettive per la fiscalità dell'energia nelle politiche di gestione dei rischi climatici*, in *Riv. dir. fin. sc.*, 2020, p. 439.

<sup>11</sup> COM(2021) 550 *final*, Communication from the Commission of 14 July 2021 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *'Fit for 55': realising the EU's 2030 climate target on the path to climate neutrality*. See M.T. MONTEDURO, *Climate change and fiscal policies: social impacts and economic effects of the European 'Fit for 55' package*, in *Riv. dir. fin. sc.*, 2021, p. 447; G. CAVALIERI, B. CELATI, S. FRANCA, M. GANDIGLIO, A. R. GERMANI, A. GIORGI, G. SCARANO, *The 'Fit for 55' unpacked: a multi-disciplinary analysis of the instruments and objectives of sectoral proposals for the decarbonisation of the European economy*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2022, pp. 409 and ff.

of energy raw materials (fossil fuels), mainly consisting of wood, oil and coal. This combustion process results in excess emissions of CO<sub>2</sub>, a climate-altering gas that, produced in excessively high doses to be absorbed naturally, accumulates in the atmosphere causing an abnormal rise in temperature, representing the primary cause of pollution of the planet and the greenhouse effect.

In order to implement a concrete energy transition, among the possible interventions, it is worth mentioning the modification of excise duties on energy products and electricity:<sup>12</sup> in this regard, the

<sup>12</sup> On the subject of excise duties, without any claim to exhaustiveness, see: M. MARESCA, *Le imposte di fabbricazione e le sovrimposte di confine rispetto ai diritti doganali: gli equivoci di una ricostruzione sistematica*, in *Dir. Prat. Trib.*, no. 2/1984, pp. 1104-1105; N. FORTE, *IVA, accise e mercato comune*, Milano, 1990; E. PACE, *Il mondo delle accise: le imposte di fabbricazione. The fiscal monopolies. Le imposte doganali*, in A. Amatucci (ed.), *Trattato di Diritto Tributario*, Padova, 1994, p. 267; V. UCKMAR, *Projects and Possible Solutions of EU Tax Harmonisation*, in *Dir. Prat. Trib.*, no. 1/1995, pp. 9-18; M. CERRATO, *Spunti intorno alla struttura e ai soggetti passivi delle accise*, in *Riv. Dir. Trib.*, no. 1/1996, pp. 215 and ff.; R. SCHIAVOLIN, *Accise*, in *Enc. dir.*, IV agg, Milano, 2000, p. 22; F. PADOVANI, *Le imposte di fabbricazione e di consumo*, in P. Russo (a cura di), *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2002, pp. 307 e ss.; F. CERIONI, *La disciplina delle accise in Italia*, in F. CERIONI, E.P. FORTE, T. PALACCHINO (a cura di), *Il diritto tributario comunitario*, Milano, 2004, pp. 745 e ss.; A.F. URICCHIO, *Delega al governo per la riforma dei sistemi tributario: la riforma delle accise*, in G. Marino (ed.), *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi delle società*, Milano, 2004, pp. 147 e ss.; G. CIPOLLA, voce *Accise*, in *Dizionario di dir. pub*, directed by S. Cassese, Milano, 2006, pp. 72 e ss.; C. VERRIGNI, *Le accise*, in A. Di Pietro (coordinato da), *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, II, Roma, 2003, pp. 485 e ss.; ID, *Le accise nel mercato unico europeo*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2007, I, p. 251; ID, *Le accise nel sistema dell'imposizione sui consumi*, Torino, 2017; M. SCUFFI, *Diritto doganale e delle accise. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, in *Il Fisco*, no. 19/2008, pp. 211 e ss.; A. ELIA, *L'accisa come imposta dalla natura unitaria e di preminente competenza statale*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 5/2010, pp. 1083 e ss.; L. PEVERINI, *Presupposto, soggettività passiva e capacità contributiva nelle accise: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 5/2011, pp. 449 e ss.; G. FALSITTA, *Le accise (imposte di fabbricazione e di consumo)*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario - Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, Milanofiori Assago (MI) - Padova, 2018, pp. 1071 e ss.; M. LOGOZZO, *Le accise: inquadramento sistematico e questioni aperte*, in *Riv. Dir. Trib.*, no. 2/2018, pp. 129-159, where the author qualifies such indirect taxes as 'an enigmatic sector and therefore difficult to understand'; N. DIMITRI, *Il riordino del sistema unico di tassazione sul consumo: brevi cenni sulla Direttiva 2020/262/UE*, in *Innovazione e Diritto*, no. 1/2022, pp. 82-86. With particular regard to excise duties on energy products and electricity, see F. CERIONI, *I prodotti energetici utilizzati dalle imprese*, in *L'IVA*, 2004, pp. 520 e ss.; ID, *Il d.lgs. 2 febbraio 2007, n. 26: la riforma della tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, pp. 49 e ss.; P. ORSINI, *La tassazione indiretta*

European Commission's document of 11 December 2019 No. 640 (*European Green Deal*) expressly reiterates their central role in the transition towards a greener and more sustainable Europe, in compliance with the climate targets to be achieved by 2050.<sup>13</sup>

#### **4. The European excise matrix and the harmonisation process: profiles of misalignment between Member States**

Before proceeding to examine their role in the energy transition, it should be pointed out that excise duties are a set of specific indirect taxes of a special nature — because they affect only certain products identified in advance by the legislature — that apply to the manufacture or consumption of certain categories of goods, the economic burden of which is usually shifted to the final consumer through the mechanism of reclaiming the tax.<sup>14</sup>

These taxes have been involved, over the years, in a gradual process of harmonisation<sup>15</sup> which, by introducing a common regime to

---

*dei prodotti energetici*, in *Trib. loc. reg.*, 2004, p. 684 ss.; L. SALVINI, *Questioni attuali sulla fiscalità del settore energetico*, in *Rass. Trib.*, 2007, p. 1670 ss.; B. SORRENTINO, E. PASCA, *Le accise. Prodotti energetici ed elettricità*, Milano, 2008; U. SIRICO, *Le accise sui prodotti energetici e sull'elettricità*, Torino, 2014; A. ELIA, *Accise su prodotti energetici ed elettricità (2010-2013). Parte 1*, in *Dir. Prat. Trib.*, no. 2/2014, pp. 331 and ff; *id.*, *Accise su prodotti energetici ed elettricità (2010-2013). Parte seconda*, in *Dir. Prat. Trib.*, no. 4/2014, pp. 676 and ff.

<sup>13</sup> In these terms, A.F. URICCHIO, *Riordino della disciplina di contrasto dell'evasione di iva e accise sulla cessione di carburanti*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.*, 28 March 2024.

<sup>14</sup> On the mechanism of recourse in the matter of excise duties, see F. RANDAZZO, *Le riverse tributarie*, Milan, 2012. See also M. ALLENA, *Gli effetti giuridici della traslazione delle imposte*, Milan, 2005, pp. 15 and ff.

<sup>15</sup> Based on the assumption that already in Article 99 of the Treaty of Rome, signed in 1957, establishing the European Economic Community (EEC Treaty), it was provided that 'the Commission shall examine how the laws of the individual Member States concerning turnover taxes, excise duties and other forms of indirect taxation may, in the interest of the common market, be harmonised', the first step towards the harmonisation of excise duties was taken by Council Directive 72/464/EEC of 19 December 1972 (in OJ No 303 L of 31 December 1972, p. 1) on tobacco products.), concerning tobacco. Twenty years later, Council Framework Directive 92/12/EEC of 25 February 1992 (OJEC No 76 L of 23 March 1992, p. 1), laying down general rules on excise duties; Directives 92/78/EEC, 92/79/EEC and

be applied to different products — tobacco and tobacco products, mineral oils, gas, electricity, petroleum, alcoholic beverages — and by unifying the national laws of the Member States, at the same time leaves wide discretionary powers with regard to the definition of substantive aspects, such as rates<sup>16</sup> and facilitating regimes,<sup>17</sup> and procedural aspects, such as assessment, collection and refunds.

---

92/80/EEC on manufactured tobacco; and Directives 92/81/EEC and 92/82/EEC on mineral oils were issued. Also in the process of harmonisation, reference is made to Directive 2008/118/EC -subsequently amended by Directive No. 2010/12/EU of 16 February 2010- which repealed Directive 92/12/EEC, as of 1 April 2010. Lastly, in addition to EU Regulation No. 389/2012 (concerning administrative cooperation in the field of excise duties), it is worth mentioning Directive 2020/262/EU of 27 February 2020, which, transposed in Italy by Legislative Decree No. 180/2021, provides for a further general reorganisation of the harmonised excise system, envisaging an increasingly broader use of information technology in the fight against transnational frauds and in the implementation phase of the tax. Finally, it is necessary to emphasise that the tax harmonisation process finds its basis in Article 113 TFEU (ex Article 93 TEC): this article provides that the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee, shall adopt provisions for the harmonisation of national tax laws. This process, in particular, does not only concern excise duties, but also other indirect taxes (customs duties and VAT), since these, by affecting trade, affect the founding aims of the EU, i.e. the creation of a free trade area with the elimination of tax obstacles to internal trade transactions and the realisation of a uniformly regulated common market in relations with third countries. Heterogeneous indirect taxation, in fact, would have been a danger to the EU integration process, as individual member states could favour domestic production to the detriment of foreign production. For an examination of excise harmonisation, without any claim to being exhaustive, see: E. GERELLI, *Il problema dell'abolizione delle frontiere fiscali*, in AA.VV., *Problemi fiscali della Comunità economica europea*, Milan, 1961, pp. 45 and ff.; M. NALDINI, *L'armonizzazione delle accise: problemi strutturali e normativi*, in A. Majocchi, G. Tremonti (eds.), *Le imposte del 1992, aspetti fiscali del completamento del mercato unico europeo*, Milano, 1990, pp. 153 e ss.; A. RAIMONDO, *L'armonizzazione delle accise*, in *all. Fisco*, no. 1/1991; A. MAJOCCHI, *L'armonizzazione europea in campo fiscale*, in *Il politico: Rivista di scienze politiche*, Vol. 58, No. 166.3 (Jul-Sept. 1993), pp. 395-414; M. MARÈ, G. VITALETTI, *La tassazione dei consumi nell'Unione europea*, in *Il Fisco*, 1996, pp. 3927 and ff.; F. FICHERA, *L'armonizzazione delle accise*, in *Riv. dir. fin.*, no. 1/1997, p. 216; S. CARMINI, *Il diritto tributario e la sua attuazione in Italia*, Padova, 2002, pp. 327 e ss.; P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2015, pp. 215 e ss.

<sup>16</sup> On this point, see the clear observations of M. LOGOZZO, *Le accise: inquadramento sistematico e questioni aperte*, op. cit.: "as far as rates are concerned, a very attenuated harmonisation has been carried out (in application of the principle of subsidiarity, which guarantees autonomous room for manoeuvre to the Member States), based on minimum rates set at a very low level, from which the Member States are free to make their own choices, without prejudice to the

Therefore, while there is a need to introduce common and shared regulations, mitigating obstacles to the free movement of goods and services — with a view to ensuring the proper functioning of the economy and the market — the provision, at EU level, of the option for individual Member States to introduce or maintain different excise taxes or to provide for specific tax exemptions and reductions — in order to pursue domestic objectives or implement specific economic-financial manoeuvres<sup>18</sup> — justified by the purpose of reducing the negative effects that the approximation of these taxes would have on the budgets of the States, only confirms how these indirect taxes, despite the harmonisation process, remain a fundamental instrument of each Member State's domestic taxation and budget revenue: in this regard, suffice it to say that, for Italy, they represent the third largest levy in terms of revenue after direct taxes and VAT.

While recognising the high revenue, guaranteed to the individual Member States by these taxes, which hinders full homogeneity in regulation -which would probably result in a decrease in national revenue — by abandoning the application of excise duties solely for revenue reasons — where the possible disincentive effect with respect to harmful environmental behaviour was only indirect with respect to the tax requirement — the environmental connotation — also confirmed by the case law<sup>19</sup> — and the aptitude of these indirect

---

*possibility granted to them to provide for tax exemptions and reductions, taking into account the need to minimise the negative effects on the budget. However, significant differences remain, especially with regard to rates and relief schemes, which affect product prices and competition. In this respect, we are far from a true single market'. See also S. WEATHERILL, *The Fundamental Question of Minimum or Maximum Harmonisation*, in S. Garben and I. Govaere (eds), *The Internal Market 2.0* (Oxford: Hart Publishing, 2020).*

<sup>17</sup> Cf. P. SELICATO, *Agevolazioni fiscali in materia di accise su prodotti energetici. Problematiche applicative*, in *Ultra Limes*, 2014, pp. 1 and ff.

<sup>18</sup> On this point, F. FICHERA, *L'armonizzazione delle accise*, *op. cit.*, p. 218, and F. PADOVANI, *Le imposte di fabbricazione e di consumo*, *op. cit.*, pp. 307 and ff., according to whom excise duties constitute the main instrument to counter possible fluctuations in the finances of States, linked to the need to cope with contingent expenses.

<sup>19</sup> CJEU, 18 January 2007, Case C-313/05, *MaciejBrzeziński and DyrektorIzbyCelnejWarszawie*, [2007] ECR I-00513, concerning excise duties on

taxes to pursue extra-taxation instances of sustainability in production and consumption and to combat climate change increasingly emerges.<sup>20</sup>

Therefore, starting from the assumption that States are called upon to adopt harmonised legal instruments at a European level that modulate the tax levy in accordance with the well-known 'polluter

---

second-hand cars; CJEU, 17 July 2008, Case C-226/07, *FlughafenKöln/Bonn GmbH v HauptzollamtKöln*, [2008] ECR I-05999; CJEU, 10 September 2009, Case C-201/08, *PlantanolGmbH & Co*, I-05999; CJEU, 10 September 2009, Case C-201/08, *PlantanolGmbH & Co. KG v Hauptzollamt Darmstadt*, [2009] ECR I-08343. Most recently, see CJEU, Section V, Judgment C-833/21, 23 June 2023 where the Court acknowledges that: "...national legislation providing for the taxation of coal used for the production of electricity satisfies the condition laid down in that provision, according to which the tax must be introduced 'for reasons of environmental policy' if there is a direct link between the use of the proceeds of the tax in question and its purpose or if that tax, without pursuing a purely budgetary objective, is designed, as regards its structure, in particular the taxable matter or the rate of tax, to influence the behaviour of taxpayers in a way which makes it possible to ensure better protection of the environment ...". In other words, taxation (consumption tax, excise duty) of a polluting source of energy is possible provided that the tax levy in question is based on: (a) a direct link between the use of the revenue from the tax in question and its purpose, or (b) if that tax is designed, with regard to its structure, in particular the taxable matter or the tax rate, in such a way as to influence the behaviour of taxpayers. In particular, concerning the 'direct link' between tax revenue and environmental purpose and the ability to influence taxpayers' behaviour, see CJEU, Judgment 5 March 2015, *Statoil Fuel & Retail*, C-553/13, paragraph 38; CJEU, Order 7 February 2022, *Vapo Atlantic*, C-460/21, EU:C:2022:83, paragraph 24.

<sup>20</sup> In these terms, R. PERRONE CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente*, in A. Amatucci (ed.), *Trattato di Diritto Tributario*, annuario, 2001, p. 168, where the Author states that excise duties assume "through a remodulation of the levy that orients consumption in the direction of favouring the least polluting energy sources, both the characteristic of environmentally oriented taxes and, through appropriate adjustments in relation to the taxable capacity affected, that of real environmental taxes"; P. PURI, *Breve esame delle scelte tributarie italiane per favorire le produzioni energetiche di minore impatto ambientale*, in G. Bonardi, C. Patrignani (ed.), *Energia, fiscalità, incentivi, agevolazioni*, Milano, 2013, pp. 203 e ss.; *id.*, *La produzione dell'energia tra tributi ambientali e agevolazioni fiscali*, in *Dir. Prat. Trib.*, no. 2/2014, pp. 10309 and ff.; R. ALFANO, *Le accise sull'energia: quadro europeo e prospettive nazionali*, in *Riv. Dir. Trib. Inter.*, 2015, p. 138; C. VERRIGNI, *Le accise nel mercato unico europeo*, *op. cit.* p. 251, where the author emphasises that " ... excise duties, by virtue of their structure, characterising the taxable event, fully lend themselves to configure environmental taxes, given that the European Union has identified taxes on pollutant emissions and pollutant products as typical environmental taxes"; A. ELIA, *La Carbon tax e la sua applicazione proporzionale al potere inquinante dei combustibili*, in *Dir. Prat. Trib.*, no. 1/2012, pp. 101 and ff, where the A. argues that: " ...excise duties, with their nature as taxes on

pays' principle,<sup>21</sup> in pursuit of the environmental objectives recognised by the Treaties and the case law of the Court of Justice, the connection between excise duties and *green-oriented* policies deserves attention.<sup>22</sup> Excise duties, in fact, despite the tendency of inelasticity of the relative demand,<sup>23</sup> through the assumption, represented not by the manufacture/consumption per se, but by the manufacture/consumption of highly polluting products — in which the

---

*consumption and production harmonised at community level and endowed with a unitary and state structure at national level, can be conceived as functional to the joint achievement of fiscal and environmental policies, while remaining within the framework traced by the European legal systems and those of the member countries; as a result, this category of taxes requires an assessment always characterised by the effort to consider the peculiarities of the production cycle to which it refers and, likewise, constantly assessed with respect to the environmental taxation objectives that may be attributed...";* A.F. URICCHIO, *Italy. Le politiche tributarie in materia ambientale*, in A. Di Pietro (ed.), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Bari, 2016, pp. 491-492; L. DIBILIO, *Le accise quale strumento di tassazione dell'energia in funzione ambientale*, in A. Bonomo, L. Tafaro, A.F. Uricchio (eds.), *Le nuove frontiere dell'eco-diritto*, Bari, 2021, pp. 393 and ff. See also S. CNOSSEN, *Excise Taxation to Preserve Health and to Protect the Environment: A Review*, in *Canadian Tax Journal*, no. 70/2022, pp. 159-184.

<sup>21</sup> The "polluter pays" principle, which has great relevance in the context of European environmental policy, can be formulated as follows: the party or parties responsible for the pollution are obliged to pay for the costs of dealing with the pollution produced by reducing, preventing or eliminating the pollution caused. On this principle, without any claim to exhaustiveness, see: M. MELI, *Le origini del principio chi inquina paga e il suo accoglimento da parte della CEE*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 1989, pp. 217 and ff.; G. BUTTI, *L'ordinamento italiano e il principio chi inquina paga*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 561; A. VENCHIARUTTI, *Il Libro Bianco sulla responsabilità civile per danni all'ambiente*, in *Quaderni della rivista giuridica dell'ambiente*, no. 12/2002; F.M. PALOMBINO, *Il significato del principio "chi inquina paga" nel diritto internazionale*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, no. 5/2003, pp. 871 e ss.; C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio europeo "chi inquina paga" nei tributi ambientali*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 1621 e ss.; P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in *Rass. Trib.*, 2005, pp. 1160 e ss.; M. P. GIRACCA, *Il danno ambientale e il diritto comunitario*, in R. Ferrara (ed.), *La tutela ambientale*, Turin, 2006, pp. 216-222.

<sup>22</sup> A.F. URICCHIO, *Le politiche tributarie in materia ambientale*, in A. Di Pietro (ed.), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Bari, 2016, pp. 491 and ff., where the author underlines that 'excise duties are well suited to hit polluting emissions or the consumption of products with a high environmental impact while pursuing the protection of the ecosystem. Harmonised taxation by means of excise duties, in fact, makes it possible to pursue an extra-tax purpose such as environmental protection through exemption measures or a tightening of the rate applied'; *id.*, *Capacità contributiva e "agenda" del terzo millennio: dalla tutela dell'ambiente all'economia circolare*, in V. Mastroiacovo, G. Melis (eds.), *Il diritto costituzionale tributario nella prospettiva del terzo millennio*, Turin, 2022, pp. 131-137.

harmful effect becomes the parameter for determining the *quantum* of the tax — and through a system of differentiated, but well-designed, rates, lend themselves to the protection of environmental instances, to orient consumption in an environmentally friendly manner.

## **5. The role of excise duties in the European energy transition: the necessary revision of Directive 2003/96/EC**

In order to achieve the European Union's ambitious climate, energy policy and anti-pollution goals, it seems no longer possible to postpone the amendment of Directive No. 2003/96/EC (*Energy Taxation Directive* - ETD)<sup>24</sup> of the Council that provides for minimum

<sup>23</sup> R. SCHIAVOLIN, *voce Accise*, *op. cit.*, pp. 22 and ff.

<sup>24</sup> On this point, M. VILLAR EZCURRA, *State Aids and Taxation in the Energy Sector: Looking for a New Approach*, in M. Villar Ezcurra, *State aids, taxation and energy sector*, Navarra, 2017, where the author points out that “the ETD does not consistently help pursuing environmental (and, in particular, climate change) objectives. Minimum tax rates and exemption clauses do not always follow an environmental logic. For instance, minimum rates are not defined by taking into account the emissions intensity of energy products. Consequently, higher taxes may be imposed —counterintuitively — on renewable energy sources than on fossil fuels”; A. COMELLI, *La tassazione ambientale, nella prospettiva europea, oltre la crisi economica e sanitaria innata dal Covid-19*, in *Dir. Prat. Trib.*, no. 3/2022, pp. 791 and ff.; ID, *Profili europei della tassazione ambientale*, in *Dir. Prat. Trib.*, no. 6/2023, pp. 2264 and ff.; A.F. URICCHIO, *Crisi energetica, transizione ecologica e ruolo della fiscalità*, in *Rass. Trib.* no. 4/2022, pp. 883-884. The Directive of 27 October 2003, no. 2003/96/EC, the so-called ‘*Energy Taxation Directive*’, introduced important principles in the field of energy taxation, expanding the list of products, other than mineral oils, to be subject to the harmonised excise system, among which, in addition to petroleum derivatives, also coal and petroleum coke, as well as oils of vegetable origin. The aim of the directive is to reduce carbon dioxide emissions, in order to achieve positive effects on the environment and to encourage a more efficient use of energy, so as to reduce dependence on its importation. Among the main innovations is the extension of the scope of Directive 92/12/EEC and the repeal of Directives 92/81/EEC and 92/82/EEC, with the replacement of the category of ‘mineral oils’ within the excise products by a much broader category consisting of ‘energy products’ (vegetable oils methyl alcohol, coal, lignite, coke and natural gas), for which Community minimum levels of taxation were set for the first time, in order to also reduce the existing differences between national levels of taxation. In addition, electricity is added to this category, for which excise duty now applies in place of the former (non-harmonised) excise tax. In Italy, this directive was transposed, belatedly, by Legislative Decree No. 26 of 2 February 2007, which, implementing the delegation referred to in Law No. 62 of 18 April 2005, so called “Community Law 2004”, with Art. 21 Legislative Decree No. 504/1995, broadened

rates of taxation on energy products and electricity, within the Union, with a view to “ensuring the proper functioning of the EU single market for energy and avoiding distortions of trade and competition that could result from large differences between national tax systems”. It is no coincidence, on the other hand, that the programmatic points of the European *Green New Deal* also include the revision of the aforementioned Directive, and that the European Commission itself,<sup>25</sup> while recognising the positive effects produced when it came into force, has highlighted its profound inadequacy with respect to the environmental commitments set at EU level.

Through Directive 2003/96/EC, in order to introduce a system of taxation of energy products that was more compatible with environmental protection, also in light of the ratification of the Kyoto Protocol, on the one hand, a broadening of the range of products subject to taxation was implemented, and on the other, a substantial increase (approximately 25%) of the minimum rates of excise duty compared to those provided for by the repealed Directive 92/82/EEC.

To date, however, this directive no longer appears to be in line with the climate and energy objectives of the EU because, on the one hand, it does not adequately promote the reduction of greenhouse gas emissions and, on the other hand, it favours the use of fossil fuels, allowing for widely diverging national rates and a wide range of exemptions and reductions even below the minimum rate. This

---

the list of ‘Products subject to excise duty’, referring to the category of energy products, which includes vegetable oils, methyl alcohol, products under code 3824 90 99 (which includes biodiesel), coal, lignite, *coke*, and natural gas. For a more in-depth discussion of Directive No. 2003/96/EC and energy taxation, see P. ORSINI, *L’armonizzazione dell’imposizione indiretta sulla produzione e sui consumi*, in S. CIOTTI, R. GALDI, P. ORSINI, A. PIRI, M. SEBASTIANI, U. SIRICO, *Le accise sui prodotti energetici e sull’elettricità*, Torino, 2014, pp. 9 e ss.; E. TRAVERSA, S. WOLFF, *Energy Tax Policy in An EU Context: Non-discrimination, Free Movement and Tax Harmonization*, in M. Villar, P. Pistone (eds.), *Energy Taxation, Environmental Protection and State Aids*, Ibfd, 2016, pp. 397 and ff.; L. DEL FEDERICO, S. GIORGI, *State Aid for Eco-friendly Energy Sources: The Balancing Test Applied to Energy Taxes*, in M. Villar (ed.), *State Aids, Taxation and the Energy Sector*, Aranzadi, 2017, pp. 297 and ff.

<sup>25</sup> SWD (2019) 329 final of 11 September 2019, *Restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity*.

misalignment, in the determination of rates by Member States, not only undermines, to a large extent, the smooth functioning of the market for energy products and electricity,<sup>26</sup> but, above all, leads to a significant lack of homogeneity, which can no longer be reconciled with the climate objectives pursued in the European landscape.

In fact, the first sore point of the directive under review is the excise tax base, which is made up of the quantity of energy consumed: the current legal framework implies that the measure of excise duties on energy products is set entirely independently of the characteristics in terms of harmful emissions. Secondly, the aforementioned directive, pursuing a clear intent of facilitation, grants Member States the right to set rates lower than the ordinary rate, provided that distinctions are made according to the commercial or non-commercial use of the goods subject to excise duty, and the reductions envisaged favour certain production sectors (such as agriculture and fishing), but are not intended to promote virtuous consumption in environmental terms.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Cf. A.F. URICCHIO, *L'impiego della leva fiscale a sostegno dello sviluppo sostenibile*, in AA.VV., *Elaborazione di un modello di applicazione dei principi e degli strumenti dell'ecologia industriale ad un'area vasta*, Bari, 2012, p. 245, where the author argues that: “The progressive growth of EU harmonisation in the area of indirect environmental taxation seems therefore desirable, because it will probably be able to combine important effects of implementing the principle of non-discrimination (through the affirmation of the right of equal treatment to all production factors and the prohibition of differentiations aimed at favouring national factors over those from other member states) with the same effects of environmental protection (thanks to the generalised and uniform introduction of targeted indirect taxation interventions that affect harmful and polluting products or industrial processes)”.

<sup>27</sup> In these terms, L. SALVINI, *La tassazione dell'energia*, in *Atti dei convegni lincei, Una nuova politica economica e tributaria per l'Unione europea*, Atti del convegno del 27 maggio 2022, Roma, 2022, p. 190; M.C. FREGNI, *Politiche fiscali ambientali, osservazioni tra pandemia e crisi geopolitiche*, in *Rass. Trib.*, no. 1/2022, pp. 165-166. On this point, R. ALFANO, *Le accise sull'energia: quadro europeo e prospettive nazionali*, *op. cit.*, p. 141, where the author observes how from the outset Directive 2003/96/EEC already considered the volume of the product, instead of its energy content, as the parameter for calculating excise duty, and did not differentiate the rates for renewable sources from those for ordinary fuels, fuels and energy products.

In other words, the European legislator expressly provides that a reduced rate, determined by the individual Member State, is applicable to energy products if they are intended for commercial use or if the use is necessary to carry out a stage of the economic cycle of production and/or exchange of goods and services. Conversely, if the use relates to final consumption, the applicable rate is the standard rate.

While the intention to mitigate the intensity of the tax levy in the phases of the economic cycle that precede final consumption, by emphasising the instrumentality of the use of the energy product, seems appreciable, the distinction between the two levels of taxation does not appear to be in line with the climate objectives pursued.<sup>28</sup>

Only by calculating the minimum levels of taxation by grouping energy products and electricity into categories and classifying these products according to their respective environmental performance, will it be possible to achieve the goals the Commission set itself in the European *Green Deal*, by allowing Member States to tax the most polluting fuels, making them less and less cost-effective due to the higher tax burden. Thus, the rates applied at national level, in addition to taking into account the minimum values, will have to reflect the differentiation scales introduced by the European framework. In addition, it is likely that a different configuration of the assumption would constrain the discretion of the national legislator, whose margins of manoeuvre in providing for tax exemptions would be stricter than an environmental excise duty ‘in the strict sense of the word’.

---

<sup>28</sup> As pointed out by Assessment Document No. 6, Office of Impact Assessment of the Senate of the Republic, *Polluters, do they pay?* of December 2017: ‘The comparison of environmental tax revenues paid by residents and external costs shows that: - households pay 70% more of their external environmental costs; businesses pay 26% less. Within economic activities, the agriculture and industry sectors pay 93% and 27% less of their environmental external costs, respectively; the service sector pays 57% more.’

Applying taxation commensurate with the harmfulness of the product would, consequently, imply that tax concessions would also be arranged taking into account the polluting capacity of the product.

The need to amend Directive No. 2003/96/EC was recently reflected in proposal for a directive COM (2021) 563 *final*, put forward by the Commission on 14 July 2021<sup>29</sup> — not yet approved by the Council to date — which largely rewrites the text of Directive No. 2003/96/EC and by providing for higher taxation of the most polluting fuels (in particular fossil fuels) promotes and encourages the production and use of clean fuels, such as renewable hydrogen and biofuels.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> It should be noted that the European Commission had already presented, on 13 April 2011, COM(2011), p. 169, a proposal to amend the Energy Taxation Directive in order to make the necessary additions to ensure greater uniformity in taxation and to ensure the achievement of the goals of reducing energy consumption in the EU and the increased use of alternative energies. The 2011 proposal, however, after much resistance at the institutional level, was not followed through as the Member States could not find the political agreement necessary for its approval and, in 2015, it was withdrawn. In 2017, the Commission decided to launch a new process of evaluation of the directive, initiating a broad public consultation to try to identify a set of solutions, which could be agreed upon as much as possible. The consultation ended in September 2019 with the Commission producing the document *Evaluation of Council Directive 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity*.

<sup>30</sup> The preamble of the directive states that “*the new reform aims to realign energy taxation with the EU’s green policy objectives, with incentives for energy efficiency, less polluting energy sources and cleaner technologies. Furthermore, as in the current directive, the objective of ensuring fair tax competition between operators in the energy market is maintained upstream of the revision. The aim is also to encourage Member States to increase their revenues from green taxes, which the Commission considers less harmful to growth than taxation on labour. According to the Taxation Trends in the European Union 2021, which was published last June and shows figures for 2019, revenues from environmental taxation account for 5.9 per cent of the total tax revenue collected in the EU*”. Again, according to the explanatory memorandum, the existing framework ‘*on energy taxation contributes only to a very limited extent to the broader economic, social and environmental policy objectives of the EU. The Energy Taxation Directive is at least partly consistent with policy efforts to promote the use of renewable energy and increased energy efficiency, but is less consistent with regard to the reduction of greenhouse gas and other gas emissions, energy diversification or energy independence and security. The main reasons identified for this lack of consistency include the failure to take into account the energy content and CO2 emissions of energy products and electricity, (too) low minimum levels of taxation and (too) numerous exemptions. For the same reasons, the Energy Taxation Directive does*

## **6. Excise duties and the fight against climate change in the Italian legal system: the enabling Act for tax reform of 9 August 2023, no. 111**

The need to orient excise duties on energy products and electricity towards the realisation of the objective of penalising the use of fuels likely to produce greenhouse gases and, correlatively, favouring the production of clean energy, can be seen not only in the European panorama, but also in the Italian national context.<sup>31</sup> In this regard, already the enabling act for the reform of the national tax system of 7 April 2003, No. 80 — partially implemented — provided, as the first guiding criterion for the reorganisation of excise duties ‘the protection

*not contribute to the decarbonisation of transport and the reduction of air pollution emissions... The Energy Taxation Directive also does not distinguish between renewable and carbon-intensive sources of electricity and does not take into account the environmental performance of biofuels. The provisions of this directive on the taxation of biofuels are therefore not in line with EU energy, climate change and environmental policies’.*

<sup>31</sup> It is necessary to specify that the national regulations on excise duties are contained in Legislative Decree No. 504 of 26 October 1995, *Consolidated Text of Legislative Provisions Concerning Taxes on Production and Consumption and Related Criminal and Administrative Sanctions* (T.U.A.). The Consolidation Act, enacted on the basis of the delegation contained in Law No. 427/1993, is divided into four titles: the first is dedicated to the general regulation of excise duties (Articles 1-51); the second deals with electricity (Articles 52-60); the third with rules on other indirect taxes (Articles 61 and 62b); the last, on the other hand, contains miscellaneous and final provisions (Articles 63-68). Finally, there follows an annex, listing the products subject to excise duty and the rates in force, as well as a table, indicating the uses of energy products that entail exemption from excise duty or the application of a reduced rate. Over the years, the TUA, having to adapt to regulatory changes in Europe, has undergone numerous amendments and updates. Among the most important changes are those made by Legislative Decree No. 26 of 2 February 2007, which, in transposing Directive 2003/96/EC, amended Articles 21 and 22 (energy products subject to excise duty) and 26 (special provisions for natural gas), so as to bring all energy products, including natural gas, into the area of harmonised taxation, instead of only mineral oils, which were previously covered, and by Legislative Decree No. 26 of 5 November 2021, which amended Articles 21 and 22 (energy products subject to excise duty) and 26 (special provisions for natural gas), so as to bring all energy products, including natural gas, into the area of harmonised taxation, instead of only mineral oils, which were previously covered. Legislative Decree No. 180 of 5 November 2021, transposing Directive 2020/262/EU, by means of which the cases giving rise to the chargeability of the tax were broadened and various hypotheses were provided for in order to comply with the guidelines expressed by the Court of Justice of the European Union.

of health and the environment by favouring the use of environmentally friendly products'. Again, in 2014, the delegated tax reform law No. 23 of 11 March contemplated a revision of the regulation of excise duties on energy products according to carbon content. Article 15<sup>32</sup> of the aforementioned law, in particular, delegated the Government to revise the regulation of excise duties on energy products and electricity, also according to carbon content and nitrogen and sulphur oxide emissions. This, however, only followed a reform of the sector at the EU level, anchoring the entry into force of the delegated decrees to the transposition of the EU legislation set out in the proposal for a directive COM (2011) 169*final* of 13 April 2011<sup>33</sup> that aimed to restructure the EU framework for the taxation of

---

<sup>32</sup> Art. 15 of the Tax Proxy Law (L. 11 March 2014, No. 23): 1- In view of the policies and measures adopted by the European Union for sustainable development and the *green economy*, the Government is delegated to introduce, by means of the legislative decrees referred to in Article 1, new forms of taxation, in connection with the taxation already in force at regional and local level and in compliance with the principle of fiscal neutrality, aimed at orienting the market towards sustainable modes of consumption and production, and at reviewing the regulation of excise duties on energy products and electricity, also according to carbon content and nitrogen and sulphur oxide emissions, in accordance with the principles that will be adopted with the approval of the proposal to amend Directive 2003/96/EC referred to in Commission Communication COM (2011) 169 of 13 April 2011, providing, in pursuit of the purpose of the double dividend, that the increased revenue be allocated as a priority to the reduction of taxation on income, in particular on labour generated by the *green economy*, to the dissemination and innovation of low-carbon technologies and products, and to the financing of sustainable production and consumption models, as well as to the revision of the financing of subsidies for the production of energy from renewable sources. The starting date of the effects of the provisions contained in the legislative decrees adopted to implement this article shall be coordinated with the date of transposition of the harmonised framework established by the aforementioned proposal for a directive in the Member States of the European Union.

<sup>33</sup> The proposal for a directive COM (2011) 169 *final* of 13 April 2011 envisaged, *firstly*, the taxation of energy sources not only on the basis of their energy content, but also according to the carbon dioxide emissions released into the atmosphere. Specifically, it provided for a levy consisting of two components: the first concerning carbon dioxide emissions calculated in euro/tonne of CO<sub>2</sub> released into the atmosphere (20 €/t of CO<sub>2</sub>) and the second calculated in *euro/Gigajoule* based on the calorific value of energy products (9.6 €/Gj for motor fuels and 0.15 €/Gj for heating fuels). *Secondly*, the aforementioned draft directive envisaged an expansion of the scope of renewable energy sources to include certain biofuels and bioliquids. The draft also mentioned the possibility of repealing both the distinction between commercial and private uses of energy products, and the possibility for

energy products and electricity. This choice, specifically, had become necessary in order not to penalise Italian companies compared to European ones in terms of competitiveness. The 2011 proposal for a directive, however, despite the positive opinion of the European Parliament and the European Economic and Social Committee, after four years of negotiations, was not followed up due to the lack of political agreement, necessary for its approval, among the Member States and, consequently, Article 15 of the tax delegation did not find concrete implementation in the delegated decrees.

Lastly, Article 12 of the enabling act for the tax reform of 9 August 2023, No. 111,<sup>34</sup> which expresses a wide-ranging reform design, with reference to the excise duty on energy products and electricity, provides for a remodulation of the rates,<sup>35</sup> so as to overcome their current setting independent of the harmful emissions resulting from their production. More specifically, Article 12 under consideration contemplates a new determination of the rates, calibrated on the ‘environmental impact of each product’, with a view to progressively

---

Member States to set taxation at zero in agriculture, horticulture, fish farming and forestry.

<sup>34</sup> Article 12 of Delegated Law no. 111/2023, entitled *Principles and guiding criteria for the revision of the provisions on excise duties and other indirect taxes on production and consumption*, provides, therefore, for a multi-pronged intervention, the main points of which are (a) remodelling the excise duty rates on energy products and electricity in order to reduce the emission of climate-changing gases, taking into account the environmental impact of each product; b) promote the production of electricity, methane gas or natural gas or other gases obtained from biomass or other renewable resources, respecting the provisions of the European Union on exemptions or reductions in excise duty; c) encourage the use of more environmentally friendly energy products by remodelling the taxation on energy products used for electricity production d) reorganise and revise the excise tax concessions on energy products, with particular reference to harmful environmental subsidies; e) simplify the formalities concerning the possession, sale and circulation of alcoholic products subject to the excise tax regime, also by resorting to the gradual computerisation of the system of the relative State markings; f) revise the rules for the application of the consumption tax on lubricant oils with particular reference to the products that constitute its taxable base.

<sup>35</sup> With regard to Article 12 of Delegated Law No. 111/2023, the illustrative report of the tax delegation states that: “...It is then envisaged that, for the same environmental purposes, the rates of excise duty on energy products used for the production of electricity will be redefined, always in relation to the impact of each fuel on the environment...”.

reducing greenhouse gas emissions and, positively, promoting ‘the use of energy products obtained from biomass or other renewable resources’. In addition, with reference to the excise tax on energy products and electricity, the enabling act provides for the reorganisation and amendment of the discipline of tax concessions,<sup>36</sup> highlighting the need to intervene on ‘environmentally harmful subsidies’,<sup>37</sup> particularly impacting on the environment, to be gradually eliminated or, at least, to be revised, while respecting European regulations on compulsory excise tax exemptions.<sup>38</sup> On the

---

<sup>36</sup> Article 24 of the TUA, *Concessionary Uses*, in particular, provides that ‘Without prejudice to the provisions laid down in Article 17 and the other Community rules concerning the concessionary regime, energy products intended for the uses listed in Table A annexed to this Consolidated Text are admitted with exemption or at the reduced rate to the extent provided for therein’. The aforesaid Table A provides for particular exemptions from excise duty, including that relating to energy products used ‘as fuel for air navigation other than private pleasure flying and for educational flights and for navigation in Community marine waters, including fishing, with the exclusion of private pleasure craft, and uses as fuel for navigation in inland waters, limited to the transport of goods’.

<sup>37</sup> Pursuant to Article 68 of Law No. 221 of 2015, the Ministry of the Environment and Energy Security publishes -generally annually- a catalogue of environmentally harmful subsidies (SAD) and environmentally favourable subsidies (SAF). The latest catalogue, now in its fifth edition, refers to data from 2021 and considered 168 incentives with an environmental impact. The subsidies were divided into five categories: agriculture and fishing; energy; transport; subsidised VAT and other subsidies. For 2021, SAF of EUR 18.6 billion and SAD of EUR 22.4 billion were identified. With reference to fossil fuels, in 2022, through Art. 18 of Law Decree No. 4 of 27 January 2022 (Decree ‘*Sostegni ter*’), converted, with amendments, by Law No. 25 of 28 March 2022, under the heading ‘*Reduction of environmentally harmful subsidies*’, the Government repealed 5 SADs in the energy category of the catalogue. These include the reduction of excise duty for fuels used in the rail transport of persons and goods (which previously enjoyed a reduced rate of thirty per cent of the ordinary rate), the exemption from excise duty on energy products used for the production of magnesium from seawater (previously exempt from excise duty), and the reduction of excise duty on energy products for ships that only carry out in-port handling and manoeuvres instrumental to the transshipment of goods within the port. See European Commission document COM(2017) 63 *final* which highlights how fiscal measures, such as environmental taxation and the removal of environmentally harmful subsidies, offer an effective and efficient way to achieve environmental *policy* goals.

<sup>38</sup> For an overview of the main innovations provided for, with reference to customs and excise duties, by Delegated Law No. 111/2023, see B. SANTACROCE, E. SBANDI, C. MILANI, *Verso un sistema doganale più moderno*, in *Il Fisco*, No. 41/2023, pp. 3875 and ff.; G.E. DEGANI, *Riforma di imposte doganali e accise: un’occasione per risolvere criticità e armonizzare l’imposizione*, in *Il Fisco*, No. 18/2023, pp. 1712 and ff.

other hand — confirming the crucial nature of this latest revision — it is no coincidence that the reorganisation of environmentally harmful subsidies is explicitly included among the goals of the UN 2030 Agenda (*target 12c*).

## 7. Concluding remarks

Having ascertained the centrality of excise duties in the pursuit of the Union’s environmental policy objectives, the amendment of Council Directive 2003/96/EC appears necessary and urgent, as it is totally inadequate to the times: the energy market has, in fact, profoundly changed with the entry of new products — from hydrogen to new synthetic gas mixtures — in recent years, and, moreover, most of the facilitating regimes now envisaged, even for extremely polluting production sectors, do not reward more sustainable forms of energy consumption.

What is needed, therefore, is a fundamental harmonisation of the different regulations on the taxation of various forms of energy and fuels based, however, not on the quantity of consumption but on the degree of harmfulness to the environment of the taxed product and the environmental consequences in terms of greenhouse gases produced.<sup>39</sup>

If it is true, in fact, that excise duties, through the mechanism of translation, burden the consumer and not the polluter, it is equally true that, registering a contraction in the demand for its goods, caused by the increase in taxation — an increase that, inevitably, leads the consumer towards goods and services with low harm to the

---

<sup>39</sup> A good example of environmentally oriented configuration and application of excise duties can be found in the Belgian tax experience, which commensurate the tax levy “*en fonction du type d’énergie et de la quantité d’énergie*”. See J. MALHERBE, M. VAN VYVE, *Environmental taxation: the Belgian experience*, in *Riv. Dir. Trib. int.*, No. 1/2005, p. 62.

ecosystem — the producer is led to intervene on its production system, implementing a company reconversion in an *environmentally friendly* vision.

Unfortunately, the Commission's failure to reach political agreement on the proposal for a directive COM(2021) 563 *final*, on the elimination of exemptions with regard to aviation and maritime fuels is, without any doubt, an obstacle to the realisation of the climate objectives set out in the European *Green Deal*.

It is also true that should the states succeed, by unanimity,<sup>40</sup> in reaching this necessary agreement, the effects of the planned reform will subsequently have to be examined and the underlying social issues, identified, moreover, in the proposal for a directive COM(2021) 563 *final* itself, addressed.

While for high-income households the increase in environmental taxation might be insignificant in view of their income level, an increase in specific taxation on the most polluting energy products or an increase in the prices of products with low environmental performance will, on the other hand, have a significant economic and social impact not only on economic operators but, above all, on low-income households, as it may cause an energy poverty problem<sup>41</sup> for

---

<sup>40</sup> Article 194(3), which is part of Title XXI of the TFEU — explicitly dedicated to energy — deals with fiscal measures, providing that the Council may, by unanimity and after consulting the Parliament, establish possible measures of a fiscal nature. The stalemate involving the proposal for a directive COM(2021) 563 *final* brings the long-standing issue of abandoning the principle of unanimity in favour of qualified majority voting through the involvement of the European Parliament back to the fore. In this regard, the EU Commission itself, through its Communication COM(2019) 8 *final*, *Towards more efficient and democratic decision-making in EU tax policy*, pointed out that “new challenges in the EU and worldwide have revealed the limits of unanimity in tax policy both at EU and national level”.

<sup>41</sup> On this point, S. SUPINO, B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica, Strumenti per affrontare un problema sociale*, Bologna, 2019; H. THOMSON, C. SNELL, C. LIDDELL, *Fuel poverty in the European Union: a concept in need of definition?*, in *People, Place and Policy*, 10(1), 2016, pp. 5-24. The authors point out that only a limited number of the -at present- twenty-eight EU member states have adopted an official definition of energy poverty (United Kingdom, France, Ireland, Slovakia); D.J., BEDNAR, T.G., REAMES, *Recognition of and response to energy poverty in the United States*, in *Nature Energy*, No. 5/2020, pp. 432-439, where the authors point out that the United States lacks a federal recognition of energy poverty and a common strategy. In Italy, in the 2017 National Energy Strategy, drafted by the Ministry of Economic

the economically weaker.<sup>42</sup> In view of the fact that expenditure on energy products weighs relatively more heavily on the budgets of poorer households than on those of higher-income households, any price increase will affect vulnerable households proportionately more. Undoubtedly, the reduction of SAD will also have to be gradual over time and accompanied by subsidies for the economically weaker, depending on the impact — direct or indirect — that such measures will have on consumer prices.<sup>43</sup>

These effects could be stemmed — in the short term — by earmarking the increased revenue generated by the tax reform in favour of the most vulnerable population groups.

In fact, the so-called ‘double dividend’ should not be overlooked: with the revenue obtained, it would be possible, on the one hand, to implement actions to improve the environment (*green dividend*) and, on the other hand, to reduce other levies, such as the traditionally high labour levy (*blue dividend*) in the EU.<sup>44</sup> In this way, shifting the tax burden from people to things, i.e. from a form of direct taxation (labour taxes) to an indirect one (*green taxes*), would have a double positive effect — both in terms of improving the quality of life and the environment, and reducing taxation on labour — without any burden

---

Development and the Ministry for the Environment and Protection of Land and Sea, energy poverty is understood as “difficulty in acquiring a minimum basket of energy goods and services, or alternatively, in a sense of energy vulnerability, when access to energy services implies a distraction of resources (in terms of expenditure or income) above a normal value”.

<sup>42</sup> G.E. METCALF, *Designing a carbon tax to reduce US greenhouse gas emissions*, in *Review of Environmental Economics and Policy*, 2009, pp. 63-64, where he argues that “[...] any policy to raise the price of energy will disproportionately impact poor households” and, again, “one of the major concerns that always arises when energy taxes are discussed is equity”.

<sup>43</sup> In these terms L. SALVINI, *La tassazione dell’energia*, in *Atti dei convegni lincei, Una nuova politica economica e tributaria per l’Unione europea*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>44</sup> See G. MERCURI, *European strategies to mitigate climate change: from labour to pollution taxation*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.*, 14 September 2023.

on public finances.<sup>45</sup> In other words, the de-taxation of employee and professional income could be ‘financed’ by energy taxation itself.

In the long run, on the other hand, bearing in mind that all taxes that have (also) the purpose of discouraging environmentally harmful production and consumption are inevitably destined to see their taxable base and, therefore, their revenue reduced over time, the social effects could be stemmed through specific subsidies or incentives in favour of the economically weaker (social tariffs, bonuses and payment programmes).<sup>46</sup> It cannot be overlooked, in fact, that such forms of taxation, when they achieve their (extra-fiscal) purpose — when the presupposition is not integrated — operating as a ‘disincentive’ towards a given conduct on the part of taxpayers, result in the erosion of the tax base, due to the reduction of products with a greater environmental impact.

Looking at the stimuli coming from the European and national scenario, one can say, in conclusion, that the time is ripe for an energy transition, under the banner of innovation and *green* technologies: excise duties, for the reasons outlined *above*, can also play a central role.

---

<sup>45</sup> On this point, COM (2019) 177 *final* explicitly states that: “revenues from energy and environmental taxation could be used to facilitate the transition of economic sectors and/regions towards better environmental performance and by allowing for a reduction in labour taxation, as a result of the increased revenues received from environmental taxes”.

<sup>46</sup> In this regard, Regulation (EU) 2023/955 established the ‘Social Climate Fund’ aimed at redistributive purposes in favour of vulnerable persons (households, micro-enterprises, transport users). This is done through ‘direct and temporary’ forms of income support, as well as through investments to ensure the energy efficiency of buildings, the decarbonisation of heating and cooling systems in buildings, and better access to ‘zero- and low-emission’ mobility and transport. For these reasons, each Member State is required to prepare a ‘social climate plan’, through which concrete measures and the amount of investment required to combat ‘energy poverty’ can be identified.

# I vizi del provvedimento tributario dopo la riforma dello Statuto del contribuente

di Nicola Durante

*Presidente Sezione TAR di Salerno e CGT 2° grado della Calabria*

## SOMMARIO

1. I vizi dell'atto tributario - 2. La nullità - 3. L'annullabilità  
- 4. L'infondatezza - 5. L'irregolarità - 6. L'inutilizzabilità  
- 7. L'inesistenza - 8. L'autotutela

### 1. I vizi dell'atto tributario

Di regola, il provvedimento tributario si qualifica come atto autoritativo non discrezionale.

Ciò dipende dal fatto che, nel rapporto con l'Amministrazione fiscale, il contribuente versa ordinariamente in una situazione giuridica di diritto soggettivo e non di interesse legittimo,<sup>1</sup> a cagione della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost.<sup>2</sup> e del principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.<sup>3</sup>

L'Amministrazione, quindi, pur esercitando un potere pubblicistico, è vincolata all'applicazione della legge, la quale prestabilisce in forma rigida e puntuale il presupposto del tributo e le sue modalità di

---

<sup>1</sup> Esistono, tuttavia, nel diritto amministrativo atti di natura discrezionale, cui si contrappongono posizioni di interesse, cfr. DURANTE, *Scampoli di giurisdizione amministrativa nei rapporti tributari*, in *Il fisco*, 2004, 12, I, pp. 4136 e ss.

<sup>2</sup> LUPI, *Diritto tributario*, parte speciale, IV ed., Milano, 1996, pp. 80 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. Corte cost. 28 luglio 1976, n. 200, circa "il diritto del contribuente ad essere chiamato a concorrere alle pubbliche spese, solo in quanto in possesso di effettiva capacità contributiva e di idoneità effettiva, quindi, al pagamento delle imposte, così come è richiesto appunto dall'art. 53 della Costituzione".

liquidazione e di riscossione.<sup>4</sup>

Nondimeno, la tutela giurisdizionale soggiace a rigorosi termini decadenziali, del tutto simili a quelli previsti per la tutela degli interessi legittimi,<sup>5</sup> giustificati dall'esigenza di dare certezza ad un particolare rapporto giuridico e comunque tali da non rappresentare un ostacolo irragionevole o sproporzionato all'esercizio dell'azione.<sup>6</sup>

La combinazione di questi elementi (la posizione di diritto soggettivo vantata dal privato, la natura vincolata del provvedimento ed il termine perentorio dell'azione) conforma il processo tributario secondo lo schema della "impugnazione-merito",<sup>7</sup> in base al quale il giudice è titolato a decidere sul rapporto sottostante l'atto viziato, con una decisione sostitutiva di questo.

Al contrario, se potere il potere fosse discrezionale, un tale sindacato devolutivo sarebbe precluso al giudice tributario (come a qualunque altro giudice<sup>8</sup>), rappresentando un inammissibile

---

<sup>4</sup> Secondo MICHELI, *Corso di diritto tributario*, VII ed., Torino, 1987, pp. 107 e ss., la potestà impositiva «è, di regola, vincolata dalla legge e non presenta che delle ristrette aree di discrezionalità. Questo si spiega non tanto in relazione al disposto dell'art. 23 Cost., quanto piuttosto con riferimento al ricordato carattere strumentale o addirittura procedimentale delle norme tributarie, nonché all'interesse pubblico tutelato dalle norme stesse».

<sup>5</sup> L'art. 21 del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, sul processo tributario, prevede che *"il ricorso deve essere proposto a pena di inammissibilità entro sessanta giorni dalla data di notificazione dell'atto impugnato"*. Similmente, l'art. 29 del Codice del processo amministrativo prevede che *"l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni"*.

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost., sent. 19 ottobre 2000, n. 430, che ha ritenuto infondata, con riferimento agli artt. 3, 24 e 53 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, nella parte in cui sottopone ad un termine decadenziale di diciotto mesi (poi elevato a quarantotto mesi) la richiesta di rimborso di ritenute alla fonte illegittime, sancendone la decorrenza dalla data del versamento eseguito dal sostituto d'imposta, argomentando che il diritto di difesa non risulta menomato, stante la congruità del termine in armonia col sistema tributario.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sentt. 20 ottobre 2011, n. 21759; 11 maggio 2007, n. 10779, e 29 settembre 2006, n. 20516.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU, sent. 10 agosto 2011, n. 17143, secondo cui lo sconfinamento nella sfera del merito è preclusa al giudice amministrativo, pena il concretizzarsi del vizio di eccesso di potere giurisdizionale, ricorribile per Cassazione; nonché: *id.*, sent. 15 marzo 2017, n. 6820, secondo cui la Corte dei

sconfinamento sul merito della scelta, riservato in via esclusiva al potere esecutivo.

La disciplina compiuta delle categorie di illegittimità dell'atto tributario è stata introdotta solo con la riforma dello Statuto del contribuente di cui al Decreto legislativo 30 dicembre 2023 n. 219, attesa anche l'inapplicabilità della normativa generale di cui alla Legge 7 agosto 1990, n. 241: a causa dello specifico divieto posto dall'art. 13, comma 2,<sup>9</sup> oltre che della differente struttura dell'atto e del processo tributario.<sup>10</sup>

La giurisprudenza, quindi, riconduceva la patologia del provvedimento ad un solo tipo, l'annullabilità,<sup>11</sup> mentre la nullità<sup>12</sup> era ritenuta incompatibile con la materia tributaria, avendo il legislatore, nella sua lata discrezionalità, configurato «una categoria unitaria d'invalidità-annullabilità», col correlato onere per il contribuente di

---

conti, nell'ambito della sua giurisdizione, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico, agendo sul piano della legittimità e non della mera opportunità; ed infine: *id.*, sentt. 19 gennaio 2007, n. 116, e 4 dicembre 1984, n. 6348; Cass. civ., Sez. VI, sentt. 6 marzo 2013, n. 5588, secondo cui anche il sindacato del giudice ordinario sul provvedimento amministrativo, ai fini della sua disapplicazione, incontrando i limiti di cui agli artt. 4 e 5 della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, va escluso con riguardo alle valutazioni di merito attinenti l'esercizio del potere discrezionale.

<sup>9</sup> Secondo cui le disposizioni del Capo III, sulla partecipazione al procedimento amministrativo, *“non si applicano altresì ai procedimenti tributari, per i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano”*. Si aggiunga che, secondo l'art. 24, comma 1, *“il diritto di accesso è escluso: ... b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano”*.

In dottrina, sulle ricadute delle invalidità di cui alla Legge n. 241 del 1990 in tema di vizi dell'atto tributario, cfr. TESAURO, *L'invalidità dei provvedimenti impositivi*, in *Boll. trib.*, 2005, 19, pp. 1445 e ss.; LIVRIERI, *Il regime di invalidità dell'atto tributario dopo le modifiche alla legge n. 241/1990: riflessi sull'obbligo di motivazione*, in *Il fisco*, 2007, 27, pp. 3990 e ss.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU., sentt. 18 settembre 2014, n. 19667, dove si rileva l'oggettiva continuità tra le norme della Legge n. 241 del 1990 e quelle della Legge n. 212 del 2000, che le hanno recepite.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sentt. 14 gennaio 2015, n. 407, e 2 luglio 2008, n. 18073, ambedue in tema di motivazione *per relationem*.

<sup>12</sup> In base all'art. 21-septies della Legge n. 241 del 1990, *“è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”*.

impugnare l'atto viziato entro un breve termine decadenziale, pena il definitivo consolidarsi della pretesa.<sup>13</sup>

Di conseguenza, le ipotesi di nullità testuale, pur presenti nel diritto tributario, venivano equiparate in tutto e per tutto alle cause d'illegittimità, dando luogo, quale unico rimedio conosciuto dal diritto tributario, all'annullamento del provvedimento ed all'eventuale successivo esame del merito della pretesa.<sup>14</sup>

Così, ad esempio, in tema di IRPEF ed IVA, è stato riqualficata come vizio di annullabilità la «nullità» dell'avviso di accertamento per difetto di motivazione ex artt. 42 e 43 del D.P.R. n. 600 del 1973, nonché ex artt. 56 e 57 del D.P.R. n. 633 del 1972.<sup>15</sup>

Detta equiparazione ha determinato che le c.d. nullità di diritto tributario non fossero rilevabili d'ufficio in ogni fase e grado del giudizio tributario, soggiacendo ai termini ordinari di decadenza ed alle preclusioni interne al processo,<sup>16</sup> fatta salva la facoltà dei motivi aggiunti di cui all'art. 24 del D.lgs. n. 546 del 1992.<sup>17</sup>

Rispetto ad un orientamento giurisprudenziale così radicale, la dottrina ha tentato una via di mezzo, osservando che «la legge del processo tributario stabilisce come trattare le nullità in senso debole (o annullabilità), ma ignora le nullità in senso forte. L'interprete deve quindi trarre la soluzione dal sistema (come ha fatto la dottrina del diritto amministrativo). E, poiché non sono ammesse, in diritto tributario, azioni meramente dichiarative (ma solo azioni costitutive di annullamento), occorre ritenere che il contribuente possa tutelarsi impugnando l'atto successivo a quello nullo e, in quella sede, far valere la nullità, come accertamento pregiudiziale all'accertamento

---

<sup>13</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 18 settembre 2015, n. 18448, in tema di nullità dell'atto per vizi della sottoscrizione.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 13 novembre 2013, n. 25508.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 5 giugno 2002, n. 8114.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 5 maggio 2010, n. 10802, e 8 settembre 2003, n. 13087.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 22 settembre 2011, n. 19337.

della invalidità (e all'annullamento) dell'atto successivo».<sup>18</sup>

## 2. La nullità

Per la prima volta, il comma 1 dell'art. 7-ter dello Statuto novellato disciplina, con regole a sé stanti, la categoria della nullità, riguardante gli atti "viziati per difetto assoluto di attribuzione, adottati in violazione o elusione di giudicato, ovvero affetti da altri vizi di nullità qualificati espressamente come tali da disposizioni entrate in vigore successivamente al presente decreto".<sup>19</sup>

Non solo, ma il coevo D.lgs 30 dicembre 2023, n. 220, innovando i requisiti essenziali della sentenza di cui all'art. 36, comma 1, del D.lgs. n. 546 del 1992, ha inserito nella lett. d) il riferimento "alle questioni attinenti ai vizi... di nullità dell'atto".

Sul piano delle tutele, il comma 2 dell'art. 7-ter stabilisce che i casi di nullità "possono essere eccepiti in sede amministrativa o giudiziaria, sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e danno diritto alla ripetizione di quanto versato, fatta salva la prescrizione del credito".

La novella non contempla un'azione di accertamento della nullità per gli atti viziati da difetto assoluto di attribuzione o da nullità testuale espressa, diversamente da quanto accade per gli atti adottati in violazione o elusione di giudicato, dove l'art. 70 del D.lgs. n. 546 del 1992 concede l'azione speciale di ottemperanza.

L'unica azione diretta prevista è, infatti, quella concessa al contribuente che abbia pagato in forza di un atto nullo, il quale può agire in ripetizione, nei limiti della prescrizione del credito (che tuttavia dev'essere eccepita). A tal riguardo, trattandosi di una "disposizione specifica" in materia di nullità, non dovrebbe operare l'art. 21, comma 2, che prevede la decadenza biennale decorrente dal

---

<sup>18</sup> TESAURO, *Le nullità dei provvedimenti tributari*, in *Innovazione e diritto*, 2015, pp. 37 e ss.

<sup>19</sup> Così facendo, si è data continuità all'orientamento della Suprema Corte, trattando le nullità testuali previgenti secondo il regime dell'annullabilità.

pagamento ovvero, se posteriore, dal giorno in cui si è verificato il presupposto per la restituzione.

Dunque, come nel sistema previgente, la domanda di accertamento della nullità resta inammissibile, perché in conflitto con la struttura di “impugnazione-merito” tipica del processo tributario.<sup>20</sup>

Pertanto, il contribuente che voglia impugnare direttamente l’atto nullo deve farlo nelle forme e nei termini perentori ordinari, ossia «entro sessanta giorni dalla data di notificazione dell’atto impugnato».<sup>21</sup>

Anche in mancanza di impugnazione diretta, l’atto nullo continua però ad essere improduttivo d’effetti e, qualora sia allegato in giudizio dalla controparte come titolo legittimante l’atto successivo impugnato, la nullità può essere eccepita dal contribuente (senza necessità di motivi aggiunti) o rilevata d’ufficio dal giudice, in ogni stato e grado, ai sensi dell’art. 7-ter.

Dall’improduttività degli effetti dell’atto nullo deriva l’annullabilità dell’atto consequenziale, per violazione di legge. Quest’ultimo (es. la cartella di pagamento) sarà infatti annullabile, nella misura in cui l’atto precedente inefficace (es. l’atto di accertamento), nello schema legale tipizzato, costituisca un presupposto essenziale ed indefettibile.

Ciò significa che i provvedimenti successivi che facciano applicazione o comunque si fondino su un atto nullo devono essere impugnati nell’ordinario termine di decadenza, anche solo per far valere l’illegittimità derivante dall’applicazione dell’atto nullo.<sup>22</sup>

Viceversa, alla nullità dell’atto presupposto (es. l’atto di accertamento) non consegue l’annullabilità dell’atto non immediatamente successivo (es. l’intimazione di pagamento), per la

---

<sup>20</sup> Cfr. Cass., Sez. trib., sentt. 11 dicembre 2015, n. 24017, e 18 settembre 2015, n. 18448.

<sup>21</sup> Diversamente, l’art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo, prevede che *“la domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice”*.

<sup>22</sup> Specularmente, nel campo del diritto amministrativo, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., sent. 16 ottobre 2020, n. 22.

cui invalidità è comunque necessario che sia stato impugnato - ed annullato - l'atto intermedio (es. la cartella di pagamento).

### **3. L'annullabilità**

È prevista dall'art. 7-bis dello Statuto e consegue ad una "violazione di legge, ivi incluse le norme sulla competenza, sul procedimento, sulla partecipazione del contribuente e sulla validità degli atti".

Deve trattarsi di una violazione di un adempimento formale essenziale ai fini del rispetto della situazione giuridica del contribuente, la cui violazione determina un vulnus di gravità tale da precludere al giudice l'esame del merito della pretesa tributaria, al fine di ricondurla alla misura ritenuta corretta, mediante una motivata valutazione sostitutiva.

A differenza della nullità, l'annullabilità dev'essere dedotta, a pena di decadenza, con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e non è rilevabile d'ufficio.

La riforma del 2023 regola alcune cause di annullabilità dell'atto, tra cui la violazione:

- del principio del contraddittorio procedimentale, che l'art. 6-bis ha generalizzato oltre il confine dei tributi armonizzati;<sup>23</sup>
- dell'obbligo di motivazione, di cui al nuovo art. 7 dello Statuto;
- del principio di proporzionalità, introdotto dall'art. 10-ter.

L'annullamento giurisdizionale dell'atto non impedisce all'Amministrazione, ove non decaduta, di reiterare la pretesa con un nuovo provvedimento emendato dai vizi precedenti.

---

<sup>23</sup> Secondo PLAISANT, *I vizi di invalidità degli atti. Analisi comparata tra diritto civile, diritto amministrativo e diritto tributario*, in *Sito della Giustizia Amministrativa*, 2024, l'impatto della novella è stato anche quello di eliminare l'onere processuale della «c.d. "prova di resistenza", secondo cui l'omissione del contraddittorio avrebbe potuto invalidare l'atto finale solo se il contribuente avesse dato prova in giudizio dell'effettiva utilità della sua preventiva consultazione».

#### **4. L'infondatezza**

L'infondatezza è richiamata all'art. 7-bis dello Statuto, quale un vizio di merito, avente carattere non formale, ma sostanziale, ossia attinente alla pretesa fiscale avanzata dall'Amministrazione finanziaria.

L'autonomia del vizio rispetto a quello di annullabilità, prim'ancora che per le conseguenze, è data dalle cause.

Per quanto riguarda le conseguenze, se l'atto tributario è parzialmente infondato, il giudice non può limitarsi ad annullarlo, ma deve riformarlo nel merito e ricondurre la pretesa fiscale alla sua corretta misura, col solo limite, di cui all'art. 35, comma 3, ultimo periodo, del D.lgs. n. 546 del 1992, di non poter emettere una sentenza parziale sull'an o una condanna generica sul quantum.<sup>24</sup>

Per quanto riguarda le cause, è evidente come l'esame del merito (e dunque la valutazione dell'infondatezza) non possa conseguire all'accoglimento di un vizio formale di annullabilità, in quanto, in questo caso, l'unica pronuncia a disposizione del giudice è l'annullamento.

Ciò significa che, in presenza di una pluralità di vizi, d'annullabilità ed infondatezza, fatti valere nei confronti di un unico atto, spetta al ricorrente precisare quale sia l'ordo quaestionum tra i vari motivi in funzione del proprio interesse, ferma restando la facoltà del giudice, anche laddove ciò avvenga, di concentrarsi sulla causa più liquida, anche se logicamente subordinata, senza dover esaminare previamente le altre.<sup>25</sup>

#### **5. L'irregolarità**

È disciplinata dall'art. 7-quater dello Statuto e riguarda le ipotesi di mancata o erronea indicazione delle informazioni di cui all'art. 7,

---

<sup>24</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sentt. 3 dicembre 2021, n. 39660, e 28 giugno 2016, n. 13294.

<sup>25</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 30 ottobre 2018, n. 27580.

comma 2, ossia: “a) l’ufficio presso il quale è possibile ottenere informazioni complete in merito all’atto notificato o comunicato e il responsabile del procedimento; b) l’organo o l’autorità amministrativa presso i quali è possibile promuovere un riesame anche nel merito dell’atto in sede di autotutela; c) le modalità, il termine, l’organo giurisdizionale o l’autorità amministrativa cui è possibile ricorrere in caso di atti impugnabili”.

È espressamente stabilito che essa non costituisce causa di annullabilità dell’atto.

In analogia con il processo amministrativo, deve ritenersi che la mera irregolarità di per sé non giustifica neppure l’automatica concessione del beneficio della rimessione in termini per errore scusabile. Ed infatti, tale riconoscimento può trovare applicazione solo qualora nel singolo caso sia apprezzabile una qualche giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell’atto, dovuta ad una situazione normativa obiettivamente ambigua o confusa, ad uno stato di obiettiva incertezza per le oggettive difficoltà di interpretazione di una norma, alla particolare complessità della fattispecie, a contrasti giurisprudenziali od al comportamento dell’Amministrazione idoneo, perché equivoco, ad ingenerare convincimenti non esatti, poiché, opinando diversamente, tale inadempimento formale si risolverebbe in un’assoluzione indiscriminata dal termine di decadenza, con gravi riflessi sulla stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico.<sup>26</sup>

## **6. L’inutilizzabilità**

È prevista dall’art. 7-quinquies per i vizi dell’attività istruttoria.

Secondo la norma, “non sono utilizzabili ai fini dell’accertamento amministrativo o giudiziale del tributo gli elementi di prova acquisiti oltre i termini di cui all’art. 12, comma 5, o in violazione di legge”.

---

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3710.

L'inutilizzabilità, pertanto, è una sanzione di natura sostanziale, prim'ancora che processuale, a seguito della quale l'atto, pur non essendo invalido, è legalmente è privo di efficacia probatoria.

A sua volta, l'inutilizzabilità degli atti istruttori costituisce causa di infondatezza di quest'ultimo, nella misura (e nei limiti) in cui la correttezza della pretesa tributaria non sia dimostrabile aliunde.

L'inutilizzabilità è una categoria ben nota al processo tributario, essendo già prevista per i documenti depositati in giudizio dal contribuente, non esibiti in fase di accertamento, nonostante la specifica richiesta in tal senso.<sup>27</sup>

L'art. 7-quinquies non precisa se il vizio d'inutilizzabilità debba necessariamente costituire motivo di ricorso, oppure possa essere oggetto di una memoria o di un rilievo d'ufficio.

Dovrebbe comunque propendersi per la seconda ipotesi, in parallelo con quanto affermato sull'inutilizzabilità dei documenti non esibiti, la quale è rilevabile d'ufficio, anche in assenza di eccezione dell'Amministrazione finanziaria.<sup>28</sup>

## **7. L'inesistenza**

È prevista dall'art. 7-sexies e riguarda la notificazione degli atti tributari «priva dei suoi elementi essenziali ovvero effettuata nei confronti di soggetti giuridicamente inesistenti, totalmente privi di collegamento con il destinatario o estinti». L'inesistenza della notificazione ne comporta l'inefficacia.

Nei casi meno gravi, la notificazione è nulla, con salvezza degli effetti sananti derivanti dal raggiungimento dello scopo.

## **8. L'autotutela**

L'art. 10-quater introduce l'autotutela obbligatoria per “manifesta illegittimità dell'atto o dell'imposizione», la quale opera nei casi di:

---

<sup>27</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 15 novembre 2022, n. 33573.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 8 settembre 2023, n. 26201.

«a) errore di persona; b) errore di calcolo; c) errore sull'individuazione del tributo; d) errore materiale del contribuente facilmente riconoscibile dall'Amministrazione finanziaria; e) errore sul presupposto d'imposta; f) mancata considerazione di pagamenti di imposta regolarmente eseguiti; g) mancanza di documentazione successivamente sanata, non oltre i termini ove previsti a pena di decadenza”.

In queste ipotesi, è previsto che “l'Amministrazione finanziaria procede in tutto o in parte all'annullamento di atti di imposizione ovvero alla rinuncia all'imposizione, senza necessità di istanza di parte, anche in pendenza di giudizio o in caso di atti definitivi”, coi soli limiti estrinseci della sentenza passata in giudicato favorevole all'amministrazione stessa e del decorso di un anno dalla definitività dell'atto viziato per mancata impugnazione.

Esiste, poi, un'autotutela facoltativa, contemplata all'art. 10-quinquies, secondo cui “fuori dei casi di cui all'art. 10-quater, l'Amministrazione finanziaria può comunque procedere all'annullamento, in tutto o in parte, di atti di imposizione, ovvero alla rinuncia all'imposizione, senza necessità di istanza di parte, anche in pendenza di giudizio o in caso di atti definitivi, in presenza di una illegittimità o dell'infondatezza dell'atto o dell'imposizione”.

Poiché l'autotutela facoltativa concerne tutte le cause d'illegittimità o d'infondatezza diverse da quelle di autotutela obbligatoria, l'apprezzamento discrezionale della P.A. dovrebbe consentire di superare sia il presupposto del vizio “manifesto”, sia la preclusione derivante dalla sentenza passata in giudicato o dalla mancata impugnazione dell'atto da più di un anno.

Nel silenzio della legge, v'è da chiedersi quale ragione ulteriore e diversa rispetto al mero ripristino della legalità - o, diversamente, si tratterebbe di un'autotutela obbligatoria - l'Amministrazione debba considerare, ai fini di procedere al riesame di un atto o di un rapporto ormai consolidato.

Probabilmente, questa va ricercata nell'interesse generale, cui

l'autotutela era indissolubilmente ancorata prima della riforma del 2023, allorquando veniva configurata quale «potere esercitabile d'ufficio dalle agenzie fiscali sulla base di valutazioni largamente discrezionali e non strumento di protezione del contribuente».<sup>29</sup> Di conseguenza, il suo esercizio necessitava, oltre che dell'illegittimità o infondatezza dell'atto, anche della sussistenza di specifiche ragioni di interesse generale dell'Amministrazione finanziaria, originarie o sopravvenute, idonee a giustificarne l'annullamento.<sup>30</sup>

Va infine segnalato come, dopo il ritiro in autotutela, ben può essere adottato un nuovo atto di accertamento, purché nel rispetto dei termini previsti dall'art. 43 D.P.R. n. 600 del 1973. Ed infatti, una volta rimosso con effetto ex tunc l'atto illegittimo od infondato, l'Amministrazione finanziaria - ricorrendone i presupposti di fatto e di diritto - conserva ed anzi è tenuta ad esercitare la potestà impositiva, avvalendosi di un potere che è diverso da quello dell'accertamento integrativo, di cui all'art. 43, comma 3, attraverso cui si procede all'integrazione di un precedente avviso in base alla sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Cfr. Corte cost., sent. 13 luglio 2017, n. 181.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 1° dicembre 2023, n. 33610.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 27 marzo 2023, n. 8599.