

AVV. ALBERTO MARINO

Patrocinante in Cassazione

AVV. ALBA TRANCHINA

Patrocinante in Cassazione

AVV. FABIO MARINO

AVV. GUIDO PAGLIARO

AVV. DANIELE SINATRA

AVV. DANIELE CAMPO

AVV. PROF. CARMELO RESTIVO

AVV. PIERLUIGI VIGNERI

AVV. CARLA MARINO

PALERMO

via Sammartino, 4 - 90141

tel. (+39) 091580922 pbx

fax (+39) 091580143

info@marinostudiolegale.com

ROMA

Studio Legale Associato Marzi

via G. Ferrari, 35 - 00195

tel. (+39) 0637517621

fax (+39) 0637514980

MILANO

Pentar s.p.a.

via Pietrasanta, 14 edificio 3c - 20141

tel. (+39) 0289096525

fax (+39) 0272003587

AVV. ALBERTO MARINO

Oggetto: Fallibilità Co.In.R.E.S.

Si rassegnano brevi considerazioni sulla fallibilità del Consorzio Intercomunale Rifiuti Energia Servizi (Co.In.R.E.S.).

Conviene in primo luogo definire il perimetro normativo in cui la questione in esame si colloca.

È indubbia la riconducibilità del Co.In.R.E.S. alla figura prevista (dall'art. 25 l. 142/1990 e ora) dall'art. 31 d.lgs 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali).

Detta disposizione stabilisce che «Gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili»; e detta una serie di regole sull'organizzazione e sul funzionamento dei consorzi, che – tra l'altro – individuano il cuore dell'assetto organizzativo nell'assemblea – composta dai rappresentanti degli enti associati nella persona del sindaco, del presidente o di un loro delegato, ciascuno con responsabilità pari alla quota di partecipazione fissata dalla convenzione e dallo statuto – e prescrivono la trasmissione agli enti aderenti degli atti fondamentali del consorzio.

A sua volta, l'art. 114 d.lgs 267/2000 definisce l'azienda speciale quale «ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia



imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale»; e aggiunge:

- che l'azienda speciale informa la sua attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, e ha l'obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti;
- che l'ordinamento ed il funzionamento delle aziende speciali sono disciplinati dal proprio statuto e da regolamenti, ma sempre nell'ambito della legge;
- che l'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali;
- che, infine, gli atti fondamentali dell'azienda (quali il contratto di servizio che disciplina i rapporti tra ente locale ed azienda speciale e il bilancio di esercizio) devono essere sottoposti all'approvazione del Consiglio Comunale.

Già queste prime indicazioni consentono di chiarire che il problema della assoggettabilità del Co.In.R.E.S. al fallimento e alle altre procedure concorsuali presenta connotati del tutto peculiari, che lo rendono irriducibile al dibattito – di cui sono ben noti i recenti sviluppi (da ultimo, Cass. Civ., sez. un., 25.11.2013 n. 24469 – sulla fallibilità delle società pubbliche. Invero, quest'ultimo dibattito si addensa intorno alla tensione generata dalla giustapposizione di una forma giuridica tipicamente privatistica, quella delle società per azioni, ad una sostanza densa di profili pubblicistici. Non è casuale l'accento posto, in seno a questo dibattito, sul momento della qualificazione dell'ente; e non è casuale il rilievo attribuito alla questione del metodo, in ordine alla quale si pone l'alternativa tra un approccio tipologico, teso cioè a definire la natura giuridica dell'ente e a dedurne il regime applicabile, e un approccio funzionale, che invece rinuncia alla pretesa di cristallizzare le società pubbliche dentro un paradigma rigido e lo disarticola in profili distinti, assoggettando poi ciascuno di essi alla disciplina, ora privatistica, ora pubblicistica, ritenuta più coerente con la ratio evocata dagli interessi di volta in volta individuati.

In effetti, questo primato del discorso sul metodo, al di là della soluzione accolta, è pur sempre indice del primato assunto dal problema della qualificazione delle società pubbliche; e questo, a sua volta, rimanda alle ambiguità che le connota, facendole apparire come il luogo di convergenza di identità plurime.

Il Co.In.R.E.S., tuttavia, non è una società pubblica, ma un consorzio costituito ai sensi dell'art. 31 d.lgs. 267/2000 per la gestione di un servizio pubblico locale. È, cioè, una figura che, già sul piano della forma giuridica, appare qualificabile come ente pubblico.

Per un verso, infatti, la riserva di legge prevista dall'art. 4 l. 70/1975 – ai sensi del quale «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge – trova riscontro nella previsione normativa cui, in ultima istanza, la costituzione dei consorzi tra comuni per la gestione di servizi pubblici è riconducibile (art. 25 l. 142/1990, ora art. 31 d.lgs 267/2000): la giurisprudenza ha più volte chiarito che questa riserva di legge ha carattere relativo, ed è soddisfatta anche quando una disposizione normativa contempli in via generale e astratta la possibilità di costituire un ente per lo svolgimento di una determinata funzione (cfr. Cass. Civ., sez. un., 24.2.1998 n. 1987).

Per altro verso, l'analisi dello Statuto del Co.In.R.E.S. consente di ravvisare nello stesso gran parte dei caratteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza quali indici sintomatici della natura pubblicistica di un ente. Il Co.In.R.E.S. svolge un servizio pubblico (raccolta e gestione integrata dei rifiuti); è partecipato esclusivamente da Enti Locali, i quali lo finanziano con trasferimenti annuali destinati a coprire i costi sostenuti ed esercitano tutti i poteri gestori attraverso l'assemblea dei loro rappresentanti; il controllo degli atti consortili è disciplinato dalle disposizioni del Titolo VI, Capo I, d.lgs 267/2000 (art. 7.2 dello Statuto).

D'altra parte, in più occasioni, affrontando il problema da prospettive diverse, ma sempre giungendo allo stesso approdo, la giurisprudenza ha qualificato i consorzi costituiti ai sensi dell'art. 24 l. 142/1990 come enti pubblici: cfr. Cass. Civ., sez. un., 11.7.2006 n. 15661; Corte App. Palermo, sez. lav., 15.3.2011 n. 231 («Ai consorzi costituiti ai sensi degli artt. 23 e 24 l. 142/ 1990 da soggetti pubblici,

quali comuni e province, con capitale sociale costituito dalle quote versate dagli stessi per l'espletamento di attività generale, informata a criteri di efficacia, di efficienza e di economicità con obbligo di pareggio di bilancio, si applica, in quanto aventi natura pubblica, l'art. 36 d.lg. n. 165 del 2001, secondo il quale "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle p.a., non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime p.a., ferma restando ogni responsabilità e sanzione"); T.A.R. Marche, Sez. I, 14.5.2008 n. 269 (che ha definito i consorzi in parola come «Enti pubblici strumentali di ciascun Comune associato ed inseriti nel "suo" sistema amministrativo, la cui particolarità consiste nel fatto che ciascun Comune non esplica più il servizio in modo autonomo ed esclusivo, ma congiuntamente agli altri Comuni associati nelle modalità stabilite negli atti costitutivi del Consorzio»); e, in termini ancora più chiari, Cons. Stato, sez. VI, 13.3.2008 n. 1085 («Si deve ritenere che emerga dal d.lgs. n. 267/2000 il principio di equiparazione tra i consorzi di funzioni e gli enti consorziati, svolgendo i primi le funzioni a loro trasferite dai secondi ed essendo essi sostanzialmente soggetti collettivi coincidenti con l'insieme degli enti pubblici consorziati, sicché non potrebbe consentirsi un trattamento giuridico differente dell'ente consorziato rispetto al consorzio stesso»).

Le considerazioni che precedono assumono rilievo dirimente in ordine al problema della fallibilità del Co.In.R.E.S..

Infatti l'art. 1, comma I, l.fall., ribadendo quanto previsto dall'art. 2221 c.c., stabilisce che sono soggetti al fallimento gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.

Dinanzi a una previsione così netta, appare ozioso domandarsi se il Co.In.R.E.S. svolga un'attività riconducibile allo schema dell'impresa commerciale: la circostanza che esso sia un ente pubblico, invero, è sufficiente a sottrarlo alle procedure fallimentari.

Argomentare in senso contrario significherebbe disattendere la lettera della legge. Esito – questo – accessibile solo attraverso un percorso accidentato e ardito che

muova dalla individuazione della ratio sottesa all'esenzione dalle procedure fallimentari prevista per gli enti pubblici dall'art. 1 l.fall., e che poi dimostri che questa ratio non sia idonea a fondare l'esenzione dal fallimento dei consorzi costituiti dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici. A tal fine occorrerebbe individuare in tali consorzi caratteri del tutto peculiari rispetto al novero degli enti pubblici, tali da rendere incongrua l'applicazione ad essi della regola che sottrae gli enti pubblici al fallimento.

Un'operazione del genere – che si risolve, in pratica, nel prospettare una lacuna assiologica e nel ridurre, proprio in funzione di questa lacuna, l'ambito di azione della regola che sottrae gli enti pubblici al fallimento – presuppone che vi siano ragioni forti – anzi, cogenti – per isolare il caso in esame dalla fattispecie cui è riconducibile; presuppone che il caso considerato ponga un problema normativo cui non può darsi la risposta offerta per la fattispecie cui quel caso è stato ricondotto, ignorandone la peculiare specificità.

Risulta però arduo individuare le ragioni per cui i consorzi in esame dovrebbero essere assoggettati, per quanto concerne il profilo della fallibilità, ad una regola diversa rispetto a quella posta in termini generali per ogni altro ente pubblico.

A tal fine potrebbero prospettarsi due tracciati argomentativi.

Il primo fa leva sulla natura commerciale dell'attività che i consorzi in esame, in ipotesi, svolgerebbero. È questa la via percorsa da una isolata giurisprudenza (Corte App. Torino, 15.2.2010), che invero sembra trovare la sua reale (ma discutibile) ratio decidendi non già nel principio affermato dalla massima, ma nella circostanza, rintracciabile tra le pieghe della motivazione, che nel caso esaminato il consorzio (sempre costituito ai sensi dell'art. 31 d.lgs 267/2000) realizzava la maggior parte del fatturato svolgendo attività nei confronti di terzi.

Tuttavia, prescindendo dalle perplessità che possono nutrirsi in ordine alla possibilità di ravvisare nell'attività svolta dal Co.In.R.E.S. i tratti dell'impresa commerciale, questo argomentare si presta ad una obiezione difficilmente superabile: l'art. 1 l.fall., laddove esclude gli enti pubblici dall'ambito di applicazione della disciplina del fallimento, si riferisce proprio al caso in cui l'ente

pubblico svolga un'attività commerciale: una diversa interpretazione, secondo la quale essa attesterebbe la non fallibilità degli enti pubblici che non svolgono un'attività commerciale, renderebbe la disposizione del tutto superflua, poiché un ente pubblico che non svolge attività commerciale non è soggetto al fallimento non già perché è un ente pubblico, ma perché non è un imprenditore commerciale.

È certo dunque che l'art. 1 l.fall., nell'escludere il fallimento degli enti pubblici, si riferisce al caso in cui l'ente svolga un'attività commerciale. Tuttavia, a fronte di questa previsione espressa, risulta del tutto illogico pretendere di assumere proprio lo svolgimento di un'attività commerciale quale ragione cogente per disapplicare l'esenzione dal fallimento dell'ente pubblico.

Il secondo percorso argomentativo astrattamente prospettabile muove invece dalla constatazione, recentemente ribadita da Cass. Civ., sez. I, 27.9.2013 n. 22209, che il carattere necessario del servizio pubblico svolto dal soggetto (nel caso considerato da questa sentenza, però, si trattava di una società pubblica) non impone di considerare necessario anche il soggetto che svolge il servizio, e dunque non impone di escluderne la fallibilità (sull'assunto che il fallimento pregiudicherebbe l'erogazione continuativa e regolare del servizio), poiché l'ente locale potrebbe pur sempre affidarne la gestione ad un altro soggetto o, comunque, farsene carico attraverso un'azienda speciale. La circostanza che sia stato costituito per la prestazione del servizio pubblico di raccolta e di gestione integrata dei rifiuti non sottrarrebbe pertanto il Co.In.R.E.S. al fallimento: alla necessità del servizio non corrisponderebbe la necessità del soggetto che lo eroga.

Tuttavia questo argomentare assume, erroneamente, che la ragione della sottrazione dei consorzi in esame al fallimento sia individuabile nel carattere necessario del servizio svolto; laddove tale ragione è ravvisabile, in via diretta, nella circostanza che detti consorzi sono enti pubblici. Non è inutile, al riguardo, ricordare quanto affermato dalla Cassazione proprio nella sentenza ora richiamata: «Ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la

natura del soggetto: se così non fosse, seguendo fino in fondo la tesi, si dovrebbe giungere alla conclusione che anche le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale sarebbero esentate dal fallimento».

In realtà, affermare che i consorzi in esame, pur essendo enti pubblici, possano fallire significherebbe aprire potenzialmente il varco a una deriva perniciosa, che esporrebbe potenzialmente al fallimento qualsiasi ente pubblico. Ciò aprirebbe una frattura insanabile nella logica del sistema.

E invero, la ratio dell'esenzione dal fallimento degli enti pubblici sembra individuabile, in ultima istanza, nell'esigenza di riservare la decisione di sopprimere un ente allo stesso soggetto che, valutando la sua costituzione opportuna in funzione di un determinato interesse pubblico, ha deciso di darvi luogo. Come è riservata al legislatore (o alla pubblica amministrazione cui questa facoltà sia stata concessa dal legislatore) la costituzione di un ente pubblico, così è riservata allo stesso soggetto pubblico la scelta di dar luogo alla sua cessazione. Assoggettare l'ente pubblico al fallimento significherebbe demandare tale decisione ad un soggetto diverso – l'Autorità Giudiziaria – e, soprattutto, rimetterla a valutazioni (attinenti alla tutela dei creditori) estranee alle esigenze di interesse pubblico per le quali l'ente è stato costituito.

Impostato in questi termini, che sembrano i più corretti, il quesito sulla assoggettabilità del Co.In.R.E.S. al fallimento e alle altre procedure concorsuali non può che avere risposta negativa.

Palermo, 17 dicembre 2013


Avv. Alberto Marino