

20 FEBBRAIO 2019

I profili pubblicistici
dell'amministrazione straordinaria delle
grandi imprese in stato di insolvenza
ed il caso ILVA

di Maria Vittoria Ferroni

Professore associato di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

I profili pubblicistici dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ed il caso ILVA *

di Maria Vittoria Ferroni

Professore associato di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. La decretazione d'urgenza quale strumento dell'emergenza nel caso ILVA: la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza – 2. La crisi del gruppo ILVA e l'autorizzazione integrata ambientale- 3. Ammissione dell'ILVA alla procedura di amministrazione straordinaria - 4. La titolarità di un *munus* pubblico da parte dei commissari straordinari dell'ILVA - 5. La vigilanza del Ministero dello Sviluppo economico - 6. La cessione dei complessi aziendali dell'Ilva - 7. Le problematiche emerse in relazione alla modalità di svolgimento della procedura cessione del complesso aziendale ILVA e l'avvio di un procedimento di autotutela

1. La decretazione d'urgenza quale strumento dell'emergenza nel caso ILVA: la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza

Il caso ILVA è espressione di una complessità sistemica, in quanto ha coinvolto profili sia riguardanti le condizioni di salute dell'uomo e dell'ecosistema, sia l'occupazione e la produzione, determinando in più sentenze della Corte Costituzionale¹ la necessità di operare un delicato bilanciamento² scaturente dalla sussistenza di una situazione emergenziale³.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In relazione ai profili di incostituzionalità sollevati sul caso ILVA, cfr. A. MARCHETTI, *Il "decreto" ILVA: profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, in www.federalismi.it, n.15/2013.

Sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 182 del 2017, E. VERDOLINI, *Il caso ILVA Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 3, 2018; V. SATTA, *Sicurezza del lavoro e sicurezza nel lavoro. Il caso ILVA*, in (a cura di), F. PIZZOLATO - P. COSTA, *Sicurezza e tecnologia*, Milano, 2017, p. 241. In relazione alla sentenza della Corte Costituzionale n. 58 del 2018: G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte Costituzionale ci ripensa?*, in questionegiustizia.it, 10 aprile 2018.

² E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello Stato e il bilanciamento dei principi costituzionali*, in www.federalismi.it, n. 15/2013; A. MORELLI, *Il decreto ILVA: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Dir. penale contemporaneo*, 2013, 1, p. 7 e ss.

³ M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale sul caso ILVA (n. 85 del 2013)*, in www.federalismi.it, n.3/2014, il quale, nel ricostruire la posizione espressa dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013 si è soffermato sulla categoria del diritto emergenziale affermando che "l'emergenza, spesso associata all'esigenza di semplificare, pare dunque diventata il combustibile preferito per alimentare il motore dell'agire politico e amministrativo" (p. 7) e che "la stagione delle c.d. gestioni commissariali ha prodotto profonde alterazioni al sistema costituzionale. Da un lato si è esteso a dismisura il presupposto che consente l'intervento emergenziale, consentendo interventi *extra ordinem* non solo per fatti impreveduti ed imprevedibili, ma anche per altri che, all'opposto, erano stati programmati da tempo. Dall'altro è stato prolungato il periodo emergenziale, oppure sono state emanate ordinanze <<madre>>

Lo strumento utilizzato per l'amministrazione dell'emergenza⁴ nel caso ILVA non è stato quello delle ordinanze⁵ bensì del decreto legge⁶ sulla base del presupposto che la necessità e l'urgenza di introdurre con norme-provvedimento⁷ una disciplina *ad hoc* sia stata indispensabile per evitare pesanti conseguenze sulla tutela occupazionale e sull'indotto di gruppi di imprese di dimensioni molto rilevanti. Tale scelta poiché è avvenuta con singole procedure speciali, invece che con generali norme valevoli per tutti, ha

dalla spiccata propensione a divenire continuamente gravide di ordinanze <<figlie>>. Tali deviazioni sono state aggravate dalla compressione dei controlli giurisdizionali”(p.9).

⁴ La dottrina ha ritenuto che “per amministrazione dell'emergenza si intende l'insieme dei soggetti pubblici (spesso coadiuvati dai privati) cui gli Stati assegnano i compiti di prevenzione e di gestione delle situazioni di rischio”. Sarebbero tre gli aspetti che più interessano il diritto amministrativo: l'uso di poteri speciali e derogatori; la considerazione ordinaria del rischio (che riguarda l'apprezzamento del rischio sia nelle attività svolte dalle amministrazioni sia nelle attività private che devono essere autorizzate); le forme di organizzazione dell'amministrazione delle emergenze (A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione d'emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario 2005, Milano, 2006, p. 158); R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza. fonti e poteri*, entrambi in Annuario AIPDA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, rispettivamente p. 87 e pp. 10-11 il quale ha ritenuto che “ci sia bisogno di una ricostruzione di ciò che può appartenere nell'ordine di idee dell'emergenza non pare dubbio. L'emergenza, che è nozione di relazione, come è appunto dimostrato dal carattere delle coppie che coinvolge (“ordinario-straordinario”, “normale-eccezionale”, “regola ed eccezione” ecc.), consiste nella determinazione o imposizione di un nuovo assetto di interessi rispetto a quello normalmente precostituito”.

⁵ A. CARDONE, *La <<normalizzazione>> dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, *passim*

⁶ G. BERNABEI, *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza: l'amministrazione con forza di legge*, Padova, 2017; G. DEMURO, *Le delegificazioni e la decretazione d'urgenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 5, p. 3729; A. GHIRIBELLI, *Qualità della produzione normativa e decretazione d'urgenza*, in *Quaderni regionali*, 2010, 2, p. 637 e ss.; A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006; F. CERRONE, *La delegificazione che viene dal decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2078 e ss.. Sull'abuso del decreto legge: G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto legge*, in *Le regioni*, 2013, 5-6, p. 1163 e ss.; A. CONCARO, *La Corte costituzionale e il decreto-legge privo dei presupposti di necessità e urgenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 4, p. 831; R. ROMBOLI, *La "mancanza" dei presupposti di necessità ed urgenza e la "evidente mancanza" degli stessi nel decreto legge: come un apparente portone può ridursi ad uno strettissimo pertugio*, in *Il Foro it.*, 2004, 12, p. 3277 e ss.; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, 1997; C. FRESA, *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto legge*, in *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, 1980, 3, p. 49 e ss. Più in generale sul decreto legge: L. PALADIN, *In tema di decreti legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 537 e ss.; C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 831 e ss.; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967; P. STANCATI, *Il decreto legge come fonte di produzione del diritto: carattere, limiti, problemi*, in *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, 1980, 6, p. 159 e ss.; A. M. DE CESARIS, *La decretazione legislativa d'urgenza nella storia costituzionale italiana*, in *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, 1980, 1, p. 1 e ss.; M. RAVERAIRA, *Decreto-legge: controllo politico e di costituzionalità*, in *Verso la riforma delle istituzioni: strumenti*, 1983, p. 133 e ss.; G. F. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, X, 1988; V. DI CIOLO, *Il decreto legge: aspetti problematici e prospettiva di riforma dell'istituto*, in *Il Pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, 1996, p. 349 e ss.; C. CALVIERI, *Il decreto legge: ascesa e declino di una fonte. Il determinante contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e processo: studi in memoria di Alessandro Giuliani*, 2001, 2, p. 77 e ss.; S. VENEZIANO, *La decretazione d'urgenza nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, 2006, p. 409 e ss.; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli 2014.

⁷ Sulla legge provvedimento C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, *passim*; R. DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, p. 928 e ss.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, *passim*; G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, p. 319 e ss.

insinuato il dubbio di rischi di sperequazioni tra situazioni simili ed anche di delicati impatti sotto il profilo della concorrenza.

La disciplina emergenziale del gruppo ILVA è stata prima disciplinata dal d.l. 4 giugno 2013, n. 61 (convertito nella legge 3 agosto 2013, n. 89) “al fine di garantire la continuità produttiva ed occupazionale nel rispetto delle norme ambientali di impianti di interesse strategico nazionale”⁸ e poi dal d.l. 23 dicembre 2003 n. 347 (convertito nella legge 18 febbraio 2004, n. 39) contenente la disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza e sui numerosi decreti d’urgenza⁹ che lo hanno integrato e modificato proprio con riguardo al caso ILVA.

L’amministrazione straordinaria delle imprese in stato di insolvenza è una procedura concorsuale¹⁰ connotata da un rovesciamento della scala dei valori protetti nell’ambito del fallimento e del concordato preventivo. Se per essi l’elemento essenziale risiede nella soddisfazione dei crediti e nella ristrutturazione

⁸ G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Torino, 2017, p. 57 la quale precisa che “il presupposto del commissariamento è costituito non da una situazione di crisi o dissesto economico dell’impresa, quanto dal fatto che l’attività produttiva dell’impianto abbia causato gravi danni alla salute e all’ambiente a causa, si legge espressamente nel preambolo della legge, “dell’inosservanza dell’autorizzazione integrata ambientale o di altre disposizioni in materia ambientale”.

⁹ Si ricordano i seguenti decreti legge, convertiti in legge contestualmente alla ammissione dell’ILVA all’amministrazione straordinaria o successivamente a tale data:

d.l. 24 giugno 2014, n. 91, recante disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l’efficientamento energetico dell’edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea, nel testo risultante dalla legge di conversione 11 agosto 2014, n. 116 (art. 22-quater).

d.l. 16 luglio 2014, n. 100, recante misure urgenti per la realizzazione del piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria per le imprese sottoposte a commissariamento straordinario (non convertito in legge in quanto confluito nel predetto decreto n. 91).

d.l. 5 gennaio 2015, n. 1, recante disposizioni urgenti per l’esercizio di imprese di interesse strategico nazionale in crisi e per lo sviluppo della città e dell’area di Taranto.

d.l. 4 luglio 2015, n. 92, recante, all’articolo 3, misure urgenti per l’esercizio dell’attività di impresa di stabilimenti oggetto di sequestro giudiziario.

d.l. 4 dicembre 2015, n. 191, recante disposizioni urgenti per la cessione a terzi dei complessi aziendali del Gruppo ILVA.

d.l. 9 giugno 2016, n. 98 che contiene ulteriori previsioni per il completamento della procedura di cessione dei complessi aziendali del Gruppo ILVA, modificando ed integrando il precedente d.l. n. 191/2015.

d.l. 29 dicembre 2016 n. 243, recante interventi urgenti per la coesione sociale e territoriale, con particolare riferimento a situazioni critiche in alcune aree del Mezzogiorno, articoli 1 ed 1-bis.

d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, recante proroga e definizione di termini, articolo 6, commi 10-bis e 10-ter.

Ulteriori disposizioni sono state poi introdotte nella legge di stabilità 2016 (articolo 1, co. 837 e 841 legge n. 208/2015) e con la legge di bilancio 2017 (articolo 1, comma 607 e articolo 1, commi 609-610 Legge n. 232/2016).

¹⁰ S. AMBROSINI, *L’amministrazione straordinaria*, in O. CAGNASCO-L. PANZANI (diretto da), *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, tomo terzo, Milano, 2016, p. 4019 e ss.; G. MEO, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in AA.VV. *Le altre procedure concorsuali*, vol. IV, in F. VASSALI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 1061 e ss.; S. BONFATTI, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare* (quarta ed.), Padova, 2011, p. 721 e ss. Per una valutazione sulla procedura: V. COZZOLI, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: un bilancio e le prospettive di riforma*, in *Crisi d’impresa e fallimento*, 5 aprile 2017.

dei debiti, il cuore della disciplina dell'amministrazione straordinaria è la tutela dei complessi produttivi ed il mantenimento dei livelli occupazionali (mentre degli interessi dei creditori va solo "tenuto conto")¹¹. Il fondamento dell'intervento si basa, da un lato sulla gestione del rischio e dell'emergenza (nel caso ILVA emergenza ambientale, di tutela della salute, occupazionale ed economica) e dall'altro sugli indirizzi della politica industriale¹² stabiliti dal governo, volti ad incidere sui limiti all'iniziativa economica privata contenuti nell'articolo 41 della Costituzione¹³ che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e che deve essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

I fini sociali nell'amministrazione straordinaria dei gruppi di rilevanti dimensioni insolventi sono legati alla garanzia della tutela occupazionale ed al tentativo di consentire o tramite un programma di ristrutturazione o di cessione dei complessi aziendali (con la vendita dell'azienda o di alcuni rami d'azienda, o dei beni) il recupero dell'equilibrio economico e la prosecuzione dell'attività d'impresa.

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza è stata introdotta con la legge Prodi del 3 aprile 1979, n. 95¹⁴. Tuttavia tale normativa è stata più volte oggetto di condanna da parte

¹¹ S. AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in O. CAGNASCO-L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., p. 4019

¹² Sul concetto di politica industriale, G. CAPUZZI, *La politica industriale*, in S. Mangiameli, (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Milano, 2008, p. 558; P. BIANCHI, *Le politiche industriali dell'Unione Europea*, Bologna, 1995, *passim*; S. LABORY, *La politica industriale in un'economia aperta e basata sulla concorrenza*, in *L'Industria*, 2006, 2, p. 255 e ss.; C. PITELIS, *La politica industriale europea: prospettive e tendenze recenti*, in *L'Industria*, 2006, n. 2, p. 231 e ss.

¹³ S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 2, p. 365 e ss.; C. PINELLI, *Attualità dell'art. 41 Cost., con particolare riferimento alla 'utilità sociale'*, in www.centroriformastato.org; G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 3, p. 625 e ss.; M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del "Decreto Alitalia"*, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3296 e ss.; F. GALGANO, *Rapporti economici. Tomo II, Art. 41 Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1982; V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, p. 121 e ss.; E. GLIOZZI, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2016, 3, p. 767 e ss.; G. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO, Bologna, 1997, p. 11 e ss.

¹⁴ Cfr. S. AMOROSINO, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2008, p. 42; v. anche p. 43-44: "Nacque allora la "politica dei salvataggi" che si attuò, in origine, "con la manovra di due figure tecniche, l'ente pubblico e la legge speciale, invocate a protezione delle grandi imprese e a tutela dei posti di lavoro" e che proseguì, nel dopoguerra, con l'affermarsi delle partecipazioni statali e con l'accollo di imprese decotte all'IRI ed all'ENI ed il moltiplicarsi di enti di gestione (EGAM, EFIM, EAGAT).

A partire dal 1979 venuta meno la "forza propulsiva" del sistema delle partecipazioni statali in funzione assistenzialista, la "Legge Prodi" (n. 95/1979) introdusse un nuovo modello, dal quale, per stratificazioni e ibridazioni successive, sono discese le due discipline oggi vigenti: la c.d. Prodi bis (d.lgs. n. 270/99) e da ultimo – per i gruppi di maggiori dimensioni – la normativa di contingenza, seguita al default Parmalat (c.d. plesso normativo Marzano frutto di una stratificazione di norme)".

della Corte di Giustizia europea¹⁵ per violazione della disciplina degli aiuti di Stato¹⁶, determinando la necessità di formulare un nuovo testo legislativo, ossia il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (c.d. “Prodi bis”).

Tale decreto legislativo può essere definito come la legge quadro della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, tuttora vigente.

Dopo il d.lgs. n. 270 del 1999 sono state adottate una serie di altre norme in tema di amministrazione straordinaria per la crisi di gruppi di imprese di dimensioni molto rilevanti.

In particolare, a partire dal c.d. decreto legge Marzano (d.l. 23 dicembre 2003 n. 347, convertito nella legge 18 febbraio 2004 n.39) adottato in occasione del “crack” del gruppo Parmalat (e con decretazione via via successiva legata a crisi specifiche quali ad esempio il caso dell’Alitalia e più di recente quello del gruppo ILVA) sono state introdotte, con decretazione d’urgenza, misure integrative ed in parte derogatorie rispetto alla disciplina del d.lgs. n. 270 del 1999, in materia di amministrazione straordinaria di imprese.

Nel caso ILVA le norme man mano integrate con decretazione d’urgenza (che sono state numerosissime), sono intervenute modificando la normativa “madre” contenuta nel d.l. n. 347/2003 e spostando la procedura concorsuale verso una tipologia di strumento pubblico di salvataggio di grandissimi gruppi, consentendo allo Stato di adottare imponenti misure con il fine di salvaguardare l’ambiente, la salute l’impresa e l’occupazione.

Infatti le regole derogatorie introdotte con la decretazione d’urgenza hanno sia accentuato i poteri e le funzioni amministrative del Ministro dello Sviluppo Economico, sia munito i commissari straordinari nominati per l’ILVA di poteri così ampi ed atipici fino ad arrivare ad essere titolari di poteri di deroga alla normativa vigente, anche in relazione alla disciplina penale¹⁷.

¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenze del 1 dicembre 1998, C-200/97 “*Ecotrade*” e del 17 giugno 1999, causa C-295/97 “*Piaggio*”, in www.curia.eu Per la dottrina, tra gli altri, G. CONTE, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali nazionali nella recente giurisprudenza comunitaria: il caso della “legge Prodi”*, in *Dir. UE*, 1999, p. 539 e ss.; L. COSTATO, *La legge Prodi e la Corte di Giustizia*, in *Studium Juris*, 2001, I, p. 156.

¹⁶ M.T. CIRENEI, *La riforma dell’amministrazione straordinaria alla luce della disciplina comunitaria degli aiuti: fine di un contenzioso?*, in *Riv. dir. comm.int.*, 1999, p. 525 e ss.; G. TARZIA, *Disapplicazione della “legge Prodi” per contrasto con la disciplina comunitaria*, in *Fall.*, 2000, 5, p. 503 e ss.

¹⁷ Il parere dell’Avvocatura Generale del 21 agosto 2018 si è espresso anche in relazione all’art. 2 comma 6 d.l. n. 1/2015 (riguardante l’ILVA) modificato dal d.l. n.98/2016 e dal d.l. n.244/2016, in quanto si tratta di una disposizione contenente un’esonazione da responsabilità penale (cfr. Parere Avvocatura p. 22-25) che è stata introdotta mediante decretazione d’urgenza e non è stata ancora oggetto di disamina dalla Corte Costituzionale. Le condotte poste in essere in attuazione del Piano non potrebbero dare luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario dell’affittuario o acquirente e dei soggetti da questi funzionalmente delegati, in quanto costituiscono adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell’incolumità pubblica e sicurezza sul lavoro. Secondo l’Avvocatura dello Stato (parere del 21 agosto 2018) sia il decreto legislativo che il decreto legge sarebbero annoverati tra le fonti del diritto penale, in quanto è lo stesso ordinamento che riconosce a questi atti normativi efficacia pari a quella della legge formale ordinaria. Ne

Occorre in proposito considerare, da un punto di vista metodologico per la ricostruzione che si andrà a svolgere, che, se è vero che la procedura dell'amministrazione straordinaria di ILVA è disciplinata dal d.l. n. 347 del 2003 (e da una serie di altri decreti con regole puntuali successivamente intervenuti), è anche da rammentare che, secondo la disposizione dell'articolo 8 del d.l. n. 347 del 2003: "Per quanto non disposto diversamente dal presente decreto, si applicano le norme di cui al decreto legislativo n. 270, in quanto compatibili". Ossia l'articolo 8 citato, costituisce una norma di chiusura, in forza della quale, per tutte le regole che non siano espressamente derogatorie, si applicherà il d.lgs. n. 270 del 1999.

2. La crisi del gruppo ILVA e l'autorizzazione integrata ambientale

Il commissariamento speciale dello stabilimento ILVA¹⁸ di cui al d.l. n. 61 del 2013, cui poi è succeduta l'ammissione alla gestione di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ai sensi del d.l. n. 347 del 2003 da parte di tre commissari straordinari, è derivato, a partire dal 2007, dalla procedura per il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale¹⁹.

La prima autorizzazione integrata ambientale veniva rilasciata, dopo un *iter* durato oltre quattro anni, nel corso dell'esercizio 2011 e avrebbe imposto all'ILVA nuovi limiti alle emissioni convogliate in atmosfera più stringenti rispetto a quelle fino ad allora previste dalla normativa in essere. Le misure per prevenire l'inquinamento dovevano in particolare implicare l'uso delle "migliori tecniche disponibili" (*Best Available Techniques*)²⁰ e l'adempimento di questi obblighi doveva essere assicurato mediante l'attuazione della suddetta procedura di autorizzazione integrata (AIA).

conseguirebbe la legittimità in via astratta di una norma che preveda un particolare esonero dalla responsabilità penale, anche se adottata con decretazione d'urgenza.

¹⁸ Il Gruppo ILVA (composto da ILVA S.p.A. e da un insieme di società operative strutturalmente collegate e funzionali al processo produttivo della stessa ILVA S.p.A., che hanno operato nel campo delle produzioni siderurgiche e delle attività ad esse riconducibili) è stato stimato rappresentare il 75% del PIL della provincia di Taranto e il 20% dell'*export* di tutta la Puglia (con un numero di persone impiegate pari a circa 14.000).

¹⁹ Per un approfondimento sull'*iter* del riesame dell'autorizzazione integrata ambientale: V. CAVANNA, *Aia: riesame ed efficacia alla luce della vicenda relativa allo stabilimento Ilva di Taranto*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 3/2013, p. 221 ss.; v. anche, E. FREDIANI, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela "sistemica" nella vicenda dell'Ilva di Taranto*, in www.federalismi.it, n.15/2013; F. GIAMPIETRO-L. GIAMPIETRO, *Ilva: riesame dell'AIA, quale futuro? (parte seconda)*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. n.5/2013, p. 415 e ss.; S. D'ANGIULLI, *Caso Ilva di Taranto: adesso o mai più*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 2/2013, p. 117 e ss.

²⁰ Sulle *Best Available Techniques* (BAT) cfr. M. A. LABARILE, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT (Best Available Techniques)*, in *Riv. giur. amb.*, fasc.n.1/2013, p. 1 e ss. La peculiarità delle BAT è che non sono più previsti limiti di emissione *standard* uguali per tutti gli impianti, ma le autorità possono graduare questi limiti in funzione delle specificità locali di tutela ambientale.

Il mancato rispetto delle "migliori tecniche disponibili" ha rappresentato l'impostazione di fondo dell'ordinanza del GIP del Tribunale di Taranto con la quale alcune aree dell'Ilva sono state sottoposte a sequestro preventivo.

Il mancato rispetto di tali misure da parte dell'ILVA (e quindi l'emissione di quantità di inquinanti superiori a quelli che vi sarebbero stati in caso di adozione delle citate BAT) generava un contenzioso penale che comportava il sequestro senza facoltà d'uso di alcuni impianti dello stabilimento²¹.

Il sequestro preventivo dello stabilimento ILVA determinava il Governo ad intervenire con il decreto legge 3 dicembre 2012 n. 207 (poi convertito nella legge n.231 del 2012) che dichiarava gli impianti siderurgici dell'ILVA “stabilimenti di interesse strategico nazionale”²² e concedeva la facoltà d'uso degli stessi (in tal modo incidendo sulle misure giudiziarie adottate dalla magistratura penale).

In seguito a tale scelta, prima la Procura di Taranto sollevava il conflitto di attribuzione innanzi alla Corte Costituzionale nei confronti del decreto-legge “sul presupposto della violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale e del principio di separazione dei poteri”²³; successivamente, dopo l'entrata in vigore della legge di conversione, sia il Tribunale del riesame di Taranto che il giudice delle indagini preliminari di Taranto, nel corso del procedimento penale che aveva portato al sequestro dell'impianto, avviavano un giudizio innanzi alla Corte Costituzionale²⁴.

L'atto di rimessione si soffermava in particolare su due profili:

-la possibilità di una violazione del principio di separazione dei poteri. Il *vulnus* sarebbe stato provocato dal fatto che l'intervento del Governo per mezzo del decreto-legge n.207 del 2012²⁵ avrebbe comportato conseguenze sulle misure cautelari poste in essere dal giudice in sede penale.

- l'ipotesi di un «irragionevole bilanciamento» compiuto dal Governo, in quanto sarebbe stata accordata preferenza all'iniziativa economica privata, a discapito delle esigenze di tutela della salute e dell'ambiente.

²¹ Si è trattato di un'indagine avviata dalla magistratura penale a carico della proprietà e degli amministratori dell'Ilva per una serie di reati collegati al disastro ambientale, ottenendo (il 25 luglio e il 7 agosto) il sequestro di alcuni impianti dello stabilimento, cui seguiva l'ordine di chiusura nonché (il 22 novembre) l'ulteriore sequestro dei prodotti ottenuti in violazione della suddetta misura (M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento...*, cit. p. 15 in nota).

²² F. DI CRISTINA, *Gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e i poteri del Governo*, in *Giorn. dir. amm.*, n.4/2013, p. 369 e ss.

²³ E. VIVALDI, *Il caso ILVA...*, cit. p. 3

²⁴ M. CUNIBERTI, *Il d.l. sull'Ilva, tra conflitti di attribuzione e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 3/2013, p. 205 e ss.; F. GRASSI, *Il caso ILVA: ancora un conflitto tra legislatore e giudici*, in *Riv. quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 2, 2015, p. 171 e ss.

²⁵ A. MARCHETTI, *Il “decreto” ILVA: profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, cit. p. 16 e ss., ove, dopo un *excursus* sulla nozione di legge – provvedimento e della ammissibilità di tale leggi viene svolta un'accurata analisi del decreto legge n. 207/2012 sottoposto al giudizio della Corte Costituzionale da cui è scaturita la sentenza n. 85 del 2013; G. ARCONZO, *Note critiche sul “decreto legge ad Ilvam” tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati* in *Dir. pen. contemporaneo*, 1/2013, p. 16 e ss.; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto ILVA*, in *www.penalecontemporaneo.it*, n. 1, 2013, p. 12 e ss..

Sulla legge provvedimento C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit.; R. DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, cit.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit.; G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse...* cit.

La Corte Costituzionale si pronunciava su tale vicenda con la sentenza n.85 del 2013 in cui, in relazione al primo profilo, ossia la lesione della funzione dell'autorità giurisdizionale (la decisione del giudice penale) riteneva che non vi sarebbe stata "sia perché sul caso non si era formato alcun giudicato, sia perché <<le disposizioni censurate non cancellano alcuna fattispecie incriminatrice né attenuano le pene, né contengono norme interpretative e/o retroattive in grado di influire in qualsiasi modo sull'esito del procedimento penale in corso>>(punto 12.5 del considerato in diritto)"²⁶.

Quanto alla tematica del bilanciamento costituzionale tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) ed il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) che ha costituito il fulcro del ragionamento del giudice, è stato osservato in chiave critica che, nella motivazione della citata sentenza della Corte Costituzionale, "non si parla mai di bilanciare diritto alla salute e all'ambiente salubre con la libertà d'impresa, bensì la salute viene contrapposta al diritto al lavoro. Tuttavia l'art. 41 Cost. è un parametro a cui lo stesso GIP fa chiaro riferimento insieme all'articolo 4 Cost., nell'argomentare la dubbia legittimità della legge n. 207/2012. Anzi, il richiamo che egli opera all'art. 4 Cost. è in direzione limitativa della libertà d'impresa: non un lavoro ad ogni costo, dunque, ma un lavoro quale fondamento della dignità della persona, della sua salute e sicurezza"²⁷.

Di conseguenza, secondo tale ricostruzione, la pronuncia della Corte Costituzionale n.85 del 2013 avrebbe realizzato un bilanciamento "ineguale" del diritto alla salute, rispetto alle esigenze economico finanziarie²⁸.

Dopo il d.l. n. 207 del 2012, constatata la permanenza di una grave situazione di pericolo ambientale e per la salute e stante la scelta (nonostante il sequestro preventivo da parte del giudice per le indagini

²⁶ M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti*, cit., p. 17: "Uno dei punti che la pronuncia ha dovuto affrontare, infatti, non è stata tanto la natura provvedimento del decreto legge in questione, quanto la sua asserita influenza sulla funzione giurisdizionale. Mentre il GIP di Taranto lamentava che il decreto legge avesse inciso sulle sue prerogative, vanificando la misura cautelare reale disposta, la Corte ha ritenuto che nessuna alterazione dell'autonomia della magistratura fosse intervenuta, tanto più che, nella fase endoprocessuale in cui il sequestro era stato disposto, non può formarsi il giudicato". Così anche R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Quaderni costituzionali* n. 1 del 2013.

²⁷ E. VIVALDI, *Il caso ILVA*.....cit., p. 25 ed in particolare sulla tematica del bilanciamento pp. 14-29 e bibliografia ivi citata.

²⁸ E. VIVALDI, op. ult. cit., p. 16-17: "Da questo punto di vista, non si può non condividere quanto sostenuto dal GIP nell'ordinanza di rimessione, secondo cui, nelle previsioni della legge n. 231/2012, <<la continuità del funzionamento degli impianti costituisca nello stesso tempo premessa e conseguenza del rispetto di quanto prescritto dall'AIA>>. In sostanza la non irragionevole lesione del diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente da parte del legislatore non parrebbe derivare da un accurato bilanciamento tra principi contrapposti, ma da un bilanciamento ineguale (così M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 1995, p. 560 e ss.), derivante dall'assunto secondo cui il legislatore, lungi dall'autorizzare un'attività dannosa, si limita <<a consentire un'attività che è lecita in quanto conforme all'atto amministrativo che la autorizza>> (L. GENINATTI SATÈ, "Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte Cost., sent. n. 85/2013), in www.forumcostituzionale.it).

preliminari di Taranto) di concedere l'uso dello stabilimento dell'ILVA, il Governo emanava il d.l. 4 giugno 2013, n. 61 “Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale” (convertito con modificazioni nella legge 3 agosto 2013, n. 89) con cui veniva disposto il commissariamento speciale di ILVA. La gestione del commissario speciale di cui al d.l. n. 61/2013 aveva come prioritari di ottemperare agli interventi richiesti nel provvedimento relativo all'AIA, nonché dalla magistratura penale garantendo nel contempo la prosecuzione dei livelli di occupazione²⁹. Tuttavia il commissario constatava una serie di perdite di periodo legate alla necessità di mettere in atto un piano di efficientamento che rendesse gli stabilimenti produttivi di Taranto conformi alle prescrizioni di legge ed all'AIA, nell'attesa della pubblicazione del piano ambientale, che, in base ai contenuti del d.l. n. 61/2013 sarebbe dovuto avvenire entro la fine di settembre 2013. Il piano ambientale veniva approvato successivamente, con D.P.C.M. in data 14 marzo 2014 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 8 maggio 2014.

Il piano ambientale elaborato nel 2014, prevedeva molteplici interventi da effettuare in un breve arco temporale, con una previsione di investimenti obbligatori, al fine di rispettare le prescrizioni dell'AIA tali da rendere necessario reperire le risorse atte a sostenere il suddetto piano di investimenti. Tali risorse finanziarie venivano, in prima istanza, richieste alla compagine societaria di ILVA; a seguito del disimpegno della medesima, il commissario speciale provvedeva ad attivarsi nella ricerca di potenziali investitori terzi interessati, in particolare sollecitando manifestazioni di interesse in favore dell'ILVA. I soggetti terzi che manifestavano interesse³⁰, pur non mostrandosi disponibili a sottoscrivere un aumento di capitale, estrinsecavano la possibilità di procedere all'acquisto di un ramo d'azienda.

3. Ammissione dell'ILVA alla procedura di amministrazione straordinaria

Alla luce della situazione economica, patrimoniale e finanziaria di grave squilibrio emersa alla data del 30 novembre 2014 il precedente commissario straordinario dell'ILVA per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e l'emergenza ambientale nominato ai sensi del d.l. n.61/2013, presentava, in forza dell' articolo 1 del d.l. n. 1 del 2015 (che ha novellato la disciplina sull'amministrazione straordinaria

²⁹ Nella relazione del Commissario straordinario di ILVA S.p.A. del dicembre 2013 in *www.gruppoILVA.com*, p. 22, è stato rilevato che il gruppo ILVA: appariva condizionato da una congiuntura sfavorevole del settore siderurgico internazionale; che il provvedimento di sequestro dei prodotti finiti disposto dalla magistratura penale per il periodo novembre 2012 – maggio 2013 aveva generato ritardi nelle consegne con conseguenti ripercussioni sulla reputazione della società sui mercati; che l'ulteriore provvedimento di sequestro disposto sui cespiti delle controllate dirette e indirette di ILVA incideva sulle capacità di approvvigionamento di taluni beni e servizi; che i problemi tecnici degli impianti comportavano significative perdite di fatturato e ritardi di consegne.

³⁰ Le principali manifestazioni di interesse, non vincolanti, venivano presentate dal gruppo industriale italiano Acciaieria Arvedi S.p.A., dalle società ArcelorMittal e Marcegaglia S.p.A., dalla Companhia Siderurgica Nacional.

contenuta nell'articolo 2 comma 2 *ter* del d.l. n. 347 del 2003)³¹, il 21 gennaio 2015 istanza di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

In pari data il Ministro dello Sviluppo Economico decretava l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, nominando i commissari straordinari.

Con successivi decreti del Ministero dello Sviluppo Economico in data 20 febbraio 2015 e 17 marzo 2015 e con D.M. 5 dicembre 2016, venivano ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria ai sensi dell'articolo 3 comma 3 del d.l. n. 347 del 2003, anche le altre società³² facenti parte del gruppo societario ILVA.

L'ammissione di ILVA S.p.A. alla procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza determinava la cessazione del commissariamento straordinario di cui al d.l. n. 61 del 2013 (per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale) e l'organo commissariale (composto da tre commissari) nominato per la procedura di amministrazione straordinaria subentrava nei poteri attribuiti per i piani e le azioni di bonifica (previsti dal Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria di ILVA³³ di cui al D.P.C.M. 14 marzo 2014)³⁴.

Rispetto alla procedura di amministrazione straordinaria delineata nel d.lgs. n. 270/1999³⁵, secondo la quale la possibilità di essere ammessi alla procedura è stata ancorata alla sussistenza di puntuali indici

³¹ Inoltre il precedente commissario straordinario, già incaricato ai sensi del d.l. n. 61 del 2013, in tale caso è stato legittimato ad essere anche nominato come commissario straordinario della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

³² Ilva Servizi Marittimi S.p.A.; Innse Cilindri S.r.l.; Sanac S.p.A.; Taranto Energia S.r.l.; Socova S.a.s.; Tillet S.a.s.; Partecipazioni industriali S.p.A.

³³ Secondo l'articolo 2 comma 4 del d.l. n.1/2015 per l'attuazione degli interventi previsti dal Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria di cui al D.P.C.M. 14 marzo 2014, il procedimento per l'acquisizione delle autorizzazioni, intese, concerti, nulla osta, pareri e assensi comunque denominati degli enti locali, regionali, dei ministeri competenti e di tutti gli altri enti comunque coinvolti, necessari per realizzare le relative opere e avviato su proposta del commissario entro 15 giorni dalla comunicazione dei relativi progetti.

³⁴ Peraltro sono stati nominati quali commissari straordinari due nuovi oltre al precedente commissario straordinario già in carica quale commissario per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale ai sensi del d.l. n. 61/2013.

Inoltre, secondo l'articolo 2, comma 8 del d.l. n. 1 del 2015, *ope legis*, è stato stabilito che rimanga applicabile, anche a seguito dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, in quanto compatibile, la disciplina del commissariamento speciale di ILVA prevista dal d.l. n. 61/2013 e dall'articolo 12 del d.l. n. 101/2013. Infatti (ai sensi dell'articolo 2 comma 9 del d.l. n.1/2015) i riferimenti al commissario e al sub-commissario, nonché al commissariamento e alla gestione commissariale speciale (contenuti negli articoli 1 e 2-*quinqies* del d.l. n. 61/2013, nell'articolo 12 del d.l. n. 101/2013 e nell'articolo 22-*quater*, comma 2, del d.l. n. 91/2014) si devono intendere come riferimenti, rispettivamente, al commissario straordinario e alla procedura di amministrazione straordinaria, e il riferimento al piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria si deve intendere come riferimento al Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria di cui al D.P.C.M. 14 marzo 2014.

³⁵ Il d.lgs. n. 270 del 1999, rispetto all'originaria legge Prodi del 1979, ha corretto l'automatica sottoposizione alla procedura straordinaria basata sul mero riscontro degli elementi dimensionali con una valutazione relativa alla concreta possibilità di risanamento dell'impresa. Non si mira, dunque, solo al recupero della solvibilità

dimensionali (essere un'impresa con un numero di lavoratori subordinati non inferiori a duecento da almeno un anno e debiti per un ammontare non inferiore ai due terzi tanto del totale attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalla prestazioni dell'ultimo esercizio), attribuendo all'autorità giudiziaria il ruolo di verificarne la sussistenza³⁶, il d.l. n. 347/2003 (c.d. decreto Marzano applicabile al caso ILVA) ha previsto, per imprese con almeno cinquecento lavoratori subordinati e debiti per un ammontare complessivo non inferiore a trecento milioni di euro quale ammontare complessivo a livello di gruppo, una semplificazione dell'ammissione alla procedura conservativa con un rafforzamento dei poteri riconosciuti all'autorità amministrativa (Ministro dello Sviluppo Economico) e specifiche funzioni e poteri del commissario straordinario (o dei commissari, fino a tre, nei casi di particolare complessità, come per ILVA).

La dottrina ha osservato che "la procedura disciplinata dal d.l. n. 347/2003 non ha rapporto di continuità rispetto all'amministrazione "tradizionale"³⁷. La differenza più rilevante è che il decreto legge n. 347 del 2003 prevede un accesso c.d. diretto, disponendo che il Ministro dello sviluppo economico, su richiesta dell'imprenditore (nel caso di ILVA del commissario straordinario già nominato), valutata la sussistenza dello stato di insolvenza e dei requisiti occupazionali e debitori richiesti, possa procedere

dell'imprenditore, ma anche al riposizionamento nel mercato della sua attività. Tale procedura segue il sistema del c.d. doppio binario (G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, p. 33) poiché si divide in una prima fase giudiziale, che segue l'accertamento dello stato di insolvenza e "nella quale accanto all'accertamento dello stato passivo si valuta la risanabilità dell'impresa per un periodo di osservazione con possibilità in ogni momento – quando cioè si ritenga non concreta la risanabilità – di passare al fallimento (con provvedimento del giudice)"(R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Torino, 2012, p. 17); ed in una seconda fase amministrativa con cui si procede, a seguito della predisposizione di un programma, in due modi alternativi finalizzati al raggiungimento dell'equilibrio economico dell'azienda insolvente: o la previsione della ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento non superiore a due anni; o tramite la cessione dei complessi aziendali o l'alienazione dei beni o complessi di beni sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio di impresa.

³⁶ Per quanto riguarda la fase giudiziale, l'articolo 3 del d.lgs. n. 270 del 1990 statuisce che "1. Se un'impresa avente i requisiti previsti dall'articolo 2 si trova in stato di insolvenza, il tribunale del luogo in cui essa ha la sede principale, su ricorso dell'imprenditore, di uno o più creditori, del pubblico ministero, ovvero d'ufficio, dichiara tale stato con sentenza in camera di consiglio".

Con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza viene nominato il Giudice delegato (articolo 8 comma 1 lett.a) al quale spetta di adottare i provvedimenti di sua competenza con decreto impugnabile ed il Commissario giudiziale munito nell'esercizio delle sue funzioni della veste di pubblico ufficiale, che si occupa di valutare le condizioni di possibile risanamento dell'impresa.

Si tratta della fase diagnostica della procedura che si interpone tra la dichiarazione di insolvenza e l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria finalizzata a vagliare la sussistenza dei presupposti per l'accesso alla procedura e soprattutto se sussistano concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'attività d'impresa, secondo la formulazione dell'articolo 27 del d.lgs. n. 270 del 1999. Questo periodo di valutazione sembra svolgere sia un ruolo di garanzia rispetto a come era strutturata la procedura nell'originaria legge Prodi del 1979, sia è volto a spostare il fulcro della procedura dall'autorità amministrativa a quella giudiziaria.

³⁷ G. MEO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit. p. 1120.

immediatamente, con proprio decreto³⁸, all'ammissione dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria e alla nomina del commissario straordinario (che assume dunque *ab initio* l'amministrazione dell'impresa, secondo l'art. 2, co. 2, primo periodo del d.l. n. 347 del 2003)³⁹. Inoltre, rispetto alla procedura di amministrazione straordinaria "ordinaria" del d.lgs. n. 270 del 1999, il commissario (o i commissari) è svincolato dal controllo del giudice delegato e può procedere (art. 5), con l'autorizzazione del Ministero dello Sviluppo Economico, ad operazioni di cessione dei beni, di azienda e rami d'azienda in ogni momento, anche prima dell'approvazione del programma e della dichiarazione di insolvenza, in caso di urgenza. La dottrina ha criticato, sotto questo profilo, la legge Marzano affermando che "il limite più evidente dell'intervento normativo del 2003, sembra allora rinvenirsi in un eccesso di attribuzione all'esecutivo e al braccio operativo rappresentato dal commissario, con spazi residui di autonomia privata assolutamente marginali, neppure garantiti da controllo giudiziale e di fatto a rimorchio delle scelte commissariali"⁴⁰.

Quindi nel caso ILVA i commissari straordinari, muniti di poteri molto ampi sulla base del d.l. n.347 del 2003, come integrato dai decreti d'urgenza appositamente adottati per ILVA e -in forza dell'articolo 8 del d.l. n. 347 del 2003 ("Per quanto non disposto diversamente dal presente decreto, si applicano le norme di cui al decreto legislativo n. 270, in quanto compatibili")- delle previsioni del d.lgs. n. 270 del 1999 in quanto compatibili, si sono sostituiti coattivamente⁴¹ agli organi dell'impresa e ne hanno assunto

³⁸ Il decreto ministeriale costituisce la "decisione" di apertura della procedura concorsuale. Sull'impugnazione del decreto del Ministro, M. FABIANI- M. FERRO, *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione delle crisi di impresa*, in *Fall.*, 2004, p. 141 e ss.

³⁹In tale caso il Ministro appare dotato di un ampio potere discrezionale, benchè tale potere sembrerebbe non supportato da quello strumentario di accesso ai dati e documenti, verifica delle cause di insolvenza, formazione dell'elenco delle passività e delle attività che invece spetta al Tribunale in caso di apertura di una procedura di amministrazione straordinaria secondo il d.lgs. n. 270 del 1999 (in cui la suddetta analisi spetta al commissario giudiziale) tale da rendere più difficoltosa una ponderata valutazione della sussistenza dei presupposti per il risanamento o la cessione.

⁴⁰ M. FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1572, il quale critica la deviazione dal modello comune (d.lgs. n. 270 del 1999) avvenuta per il caso Parmalat perché, benchè l'esigenza del decreto legge sembrasse motivata "dall'esigenza di valorizzare il profilo della ristrutturazione dell'impresa, asseritamente trascurato dalle maglie del d.lgs. 270/99, e dal bisogno di accelerare il processo di immedesimazione del commissario nel ruolo dell'imprenditore anche in funzione di evitare il rischio di dispersioni patrimoniali derivanti da possibili iniziative aggressive di singoli creditori o di gruppi di creditori" tuttavia "la maggior parte di coloro che hanno commentato <<a caldo>> il decreto legge, hanno posto in evidenza come nessuno degli obiettivi sia stato centrato mentre è stato sicuramente centrato il non dichiarato obiettivo di marginalizzare la posizione dell'autorità giudiziaria" (p.1571).

⁴¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, p. 1258 ritiene che la sostituzione preceduta dal previo scioglimento dell'organo ordinario sia qualificata come gestione coattiva con carattere sanzionatorio o repressivo. La gestione coattiva opera quando gli organi direttivi dell'ente non sono in grado di funzionare ed in tal caso si ha una gestione coattiva necessitata; ed opera anche quando l'organo direttivo dell'ente commetta gravi e ripetute violazioni di legge, di direttive o di altri provvedimenti amministrativi produttivi di obblighi di osservanza, assoluti o relativi.



temporaneamente la gestione⁴², rimanendo contestualmente soggetti alla vigilanza del Governo ed in particolare del Ministero dello Sviluppo Economico.

4. La titolarità di un *munus* pubblico da parte dei commissari straordinari dell'ILVA .

La sostituzione⁴³ da parte del commissario straordinario nei confronti di un'impresa (ossia di un soggetto privato) ha trovato fondamento, per il caso ILVA, quale norma attributiva del potere, nell'articolo 2 comma 2 *bis* del d.l. n. 347 del 2003⁴⁴, che non indica in modo puntuale l'oggetto della sostituzione ma genericamente dispone che al commissario spetti la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente.

Si tratta di un potere sostitutivo che appare strutturato sui principi e le regole del potere sostitutivo all'interno della pubblica amministrazione⁴⁵ e che ne recepisce quindi i principi ed i limiti, ancorché tale traslazione non appaia espressamente chiarita dalla norma di legge.

Sembra trattarsi di quella che è stata definita una sostituzione totale in quanto ha ad oggetto l'esercizio di tutte le competenze in precedenza spettanti agli organi dell'impresa che le perdono, almeno in via temporanea. La peculiarità della sostituzione totale nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi è che essa riguarda non una sostituzione della titolarità di un ufficio e quindi dell'esercizio di una competenza amministrativa, ma la sostituzione da parte di un commissario straordinario di nomina governativa della titolarità e dei poteri di un imprenditore privato, ossia la

⁴² G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, op. cit., p. 101.

⁴³ La sostituzione nel diritto amministrativo viene inquadrata come una categoria non un tipo di provvedimento, che può essere espressione di una varietà di poteri esercitati in sostituzione, non omogenei. Per una completa disamina si veda: M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, *passim* ed in particolare per un inquadramento generale, il capitolo I e la bibliografia ivi citata. Per la sostituzione, benchè non si possa definire un quadro unitario, si può ritenere che i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in relazione all'intervento sostitutivo straordinario dello Stato nei confronti delle Regioni e degli enti locali abbiano assunto nel tempo carattere paradigmatico, anche al di fuori del contesto in cui sono stati formulati e possano quindi essere estesi anche alla sostituzione temporanea da parte della pubblica amministrazione nell'esercizio di attività d'impresa.

⁴⁴ La formulazione dell'articolo 2 comma 2 bis del d.l. n. 347 del 2003 appare simile all'articolo 40 del d.lgs. n. 270 del 1999, anche se manca l'esplicita indicazione che il commissario straordinario "per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, egli è pubblico ufficiale". Tuttavia alla luce dell'articolo 8 del d.l. n. 347 del 2003: "1. Per quanto non disposto diversamente dal presente decreto, si applicano le norme di cui al decreto legislativo n. 270, in quanto compatibili", tale formula appare applicabile anche ai casi di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza disciplinate dal d.l. n. 347 del 2003.

⁴⁵ Per una ricostruzione dello sviluppo del modello della gestione commissariale all'interno della pubblica amministrazione ed in particolare degli enti pubblici, cfr. G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, cit., pp. 20 – 59, la quale sottolinea (p. 22) che "I provvedimenti di commissariamento di un ente, proprio in quanto fortemente limitativi dell'autonomia di quest'ultimo, anche se non hanno carattere sanzionatorio, devono trarre la loro giustificazione da situazioni di fatto particolarissime che, per la loro gravità, portino ad un'obiettivo ed attuale situazione di incapacità di tutti gli organi di gestione ordinaria allo svolgimento delle attività che le norme loro attribuiscono".

sostituzione della pubblica amministrazione nell'esercizio di attività private: "l'effetto del commissariamento sul piano organizzativo non è un'alterazione delle competenze predeterminate, che si spostano da un organo o ente pubblico ad un altro, ma consiste nell'esercizio di funzioni private o di funzioni anche di natura pubblicistica da parte di una nuova figura organizzativa di nomina governativa. Il commissario esercita tutte le funzioni e tutti i poteri di amministrazione dell'imprenditore insolvente *iure privatorum*"⁴⁶.

Considerato che è la legge a conferire al commissario straordinario una serie di "potestà pubbliche, preordinate al soddisfacimento, in via primaria, di interessi pubblici"⁴⁷ e che il medesimo agisce senza essere preposto ad un ufficio dell'amministrazione, esercitando delle attribuzioni sotto la direzione ed il controllo del Ministero dello Sviluppo Economico ed una funzione in parte consultiva ed in parte di amministrazione attiva del comitato di sorveglianza, ne deriva che appare titolare di un *munus* pubblico. Si tratta di un *munus* attribuito (nel caso di ILVA) dal Ministro dello Sviluppo Economico che lo ha nominato ed in tale veste esercita poteri sostitutivi dell'impresa in amministrazione straordinaria. Il commissario straordinario agisce quindi, sia quale soggetto preposto all'attività amministrativa ai sensi dell'articolo 1 comma 1-ter della Legge 7 agosto 1990, n. 241, proprio per tutelare gli svariati ed importanti interessi pubblici connessi alla sua attività⁴⁸ e nel contempo quale pubblico ufficiale dotato di poteri di

⁴⁶ G. AVANZINI, op.ult.cit., p. 102, la quale puntualizza (p. 63) che l'attribuzione di poteri sostitutivi è tipica della figura del commissario straordinario che "rappresenta essenzialmente e precipuamente uno strumento di sostituzione indiretta che consente ad un soggetto estraneo all'organizzazione ordinaria di surrogarsi nell'esercizio delle normali competenze a quest'ultima attribuite" e che "le funzioni del commissario si risolvono nella logica stessa della sostituzione tanto che egli è chiamato ad esercitare tutti i poteri dell'organo o degli organi sostituiti ovvero a compiere quella determinata attività oggetto di sostituzione".

⁴⁷ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà...*, cit., p. 298 – 299.

⁴⁸ Cfr. V. CERULLI - IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, p. 4 in www.unirc.it: "L'esigenza del rispetto dei principi dell'attività amministrativa come riformulati dall'art. 1, 1° comma, si estende anche ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1, comma 1 ter). Si tratta dei *munera*, secondo l'espressione ormai usata diffusamente, che denotano una serie di casi molto differenziata che si va diffondendo nell'esperienza più recente: dai tradizionali concessionari di servizi e di lavori pubblici, ai soggetti agenti nell'ambito di programmi finanziati dallo Stato o dall'Unione Europea, alle funzioni pubbliche rimaste imputate ad organizzazioni precedentemente pubbliche, poi trasformate in società per azioni, e così via. Si tratta, in ogni caso, di attività di tipo pubblicistico, espressione di funzioni pubbliche affidate dalla legge o in base a rapporti di tipo convenzionale a soggetti privati. In un momento storico caratterizzato da un'accentuata tendenza alla privatizzazione di organizzazioni pubbliche (trasformazione di queste in s.p.a ovvero in associazioni o fondazioni) la norma acquista un importante risalto. Essa infatti significa che le attività di rilievo pubblico svolte dal soggetto una volta che esso viene privatizzato restano assoggettate alla disciplina dell'azione amministrativa. Solo la parte coperta dal *munus* (ad esempio l'impresa di costruzione concessionaria della pubblica Amministrazione quando stipula appalti o altri contratti con soggetti terzi) resta tuttavia sottoposta al rispetto delle norme e dei principi del diritto amministrativo, nonché al sindacato del giudice amministrativo; restando viceversa esclusa quella parte di attività che gli stessi soggetti pongono in essere nell'ambito della loro autonomia privata". Più in generale G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI – IRELLI, Napoli, 2006, p. 89 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, Milano, 1995, 3, p. 347 e ss.

difficile qualificazione⁴⁹. Si tratta di un *munus* pubblico necessitato ossia costituito per far fronte ad una situazione di particolare necessità⁵⁰.

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che il conferimento di funzioni commissariali per la gestione delle grandi imprese in stato di insolvenza darebbe luogo ad un incarico col quale è conferito un *munus* “comprendente specifici poteri gestori dell'impresa e dei beni dell'imprenditore insolvente, per il fine di interesse pubblico alla conservazione del patrimonio produttivo mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali”⁵¹.

Inoltre il commissario straordinario conserva per tutto il periodo del suo *munus* un legame con il Ministero dello Sviluppo Economico che lo ha nominato, che ha il compito di vigilare sulle scelte del commissario⁵².

5. La vigilanza del Ministero dello Sviluppo economico

Il Ministero dello Sviluppo Economico svolge insieme al commissario straordinario un ruolo centrale, mentre una funzione consultiva (ed in alcuni casi propositiva) è affidata al comitato di sorveglianza⁵³.

⁴⁹ N. LONGOBARDI, *Commissario straordinario di società bancarie e bilancio di fine gestione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 2, pp. 509 – 520.

⁵⁰ V. CERULLI – IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 158.

⁵¹ Cons. Stato Sez. VI, sentenza del 27 dicembre 2010, n. 9423, in www.giustizia-amministrativa.it ha statuito che “Il conferimento di funzioni commissariali per la gestione delle grandi imprese in stato di insolvenza non dà luogo a un rapporto che possa essere omologato a quello di pubblico impiego di tipo dirigenziale, con applicazione di tutte le garanzie peculiari a detta posizione di status”.

Ha osservato la dottrina: “Il *munus*, nell'elaborazione teorica tradizionale, non fa parte dell'organizzazione pubblica; rimane un ufficio privato che esercita una funzione pubblica ed è grazie alla sua istituzione che la pubblica amministrazione evita di creare una nuova competenza o una nuova articolazione organizzativa. Il commissario in questa prospettiva non sarebbe un organo dell'amministrazione anche se esercita funzioni pubbliche che gli sono conferite dalla legge o dal provvedimento di nomina” (G. AVANZINI, *Il commissario straordinario...*, cit., p. 103), la quale ha ritenuto, ricostruendo più in generale la figura del commissario straordinario che sarebbe possibile collocarlo “al di fuori del rapporto organico e ricondurre l'imputazione degli effetti dell'attività commissariale alla legge che ne prevede l'istituzione. Il commissario esercita un'attività che produce in virtù della legge gli stessi effetti verso i terzi di quelli dell'ente ordinariamente competente, ma non si identifica con un organo dello stesso ente”. Quindi “il commissario fa uso dei poteri degli organi ordinari come un organo dell'amministrazione ordinaria, ma senza immedesimarsi con essa” (p. 146).

⁵² Sul ruolo dell'autorità governativa cfr. V. COLESANTI, *Amministrazione e giurisdizione nella nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2001, pp. 79-81. Il Ministero svolge un ruolo di vigilanza “forte” nei confronti dell'operato del commissario straordinario ed è in particolare munito sia del potere di autorizzazione di determinati atti, che destinatario di relazioni sull'andamento della procedura di amministrazione straordinaria e di ulteriori profili di vigilanza.

⁵³ Accanto al commissario straordinario ed al Ministero dello Sviluppo Economico, la Legge Prodi *bis* (d.lgs. n. 270 del 1999) ha previsto un organo essenzialmente consultivo ovvero di supervisione dell'operato del commissario e del Ministero: il comitato di sorveglianza. Tale comitato è disciplinato anche per le procedure di amministrazione straordinarie rientranti nei requisiti del d.l. n. 347 del 2003, alla luce dell'articolo 8 del d.l. n. 347 del 2003, dall'articolo 45 del d.lgs. n. 270 del 1999.

Il comitato di sorveglianza è composto da tre a cinque membri (solo nel caso in cui la procedura venga disposta nei confronti di più procedure appartenenti al gruppo), ed è nominato con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico. Si tratta di un ulteriore organo di supervisione dell'iter della procedura di amministrazione

Il ruolo affidato al Ministero è espressione della funzione di vigilanza⁵⁴ pubblica e di tutela dell'interesse pubblico al corretto svolgimento della procedura concorsuale di amministrazione straordinaria; ed in particolare di una tipologia della vigilanza economica⁵⁵.

La dottrina ha evidenziato la presenza di non molti punti fermi, ricavabili dalla teoria generale del diritto amministrativo, in relazione alla vigilanza amministrativa sulle attività economiche, individuando in particolare:

- “la non necessaria inerenza o riconduzione della vigilanza a rapporti organizzatori”⁵⁶ e quindi una concezione funzionale della vigilanza.
- il rilievo che riguarderebbe tendenzialmente l'intera attività del vigilato nel settore considerato sensibile, la quale, nel suddetto ambito, secondo una storica formulazione gianniniana, sarebbe considerata rilevante nella sua globalità⁵⁷.
- la tipizzazione dei poteri esercitabili dal vigilante (nel caso di specie il Ministero dello Sviluppo Economico) che possono essere qualificati come poteri, *ex ante* di regolamentazione secondaria e di imposizione di precetti, nonché di autorizzazione a svolgere attività; ed anche poteri continui di informazione ed ispezione (al fine di verificare la rispondenza delle attività alle specifiche regole giuridiche poste per il settore).

Sembra che i due caratteri principali siano, da un lato l'estensione a tutta l'attività e dall'altro la tipizzazione dei poteri di vigilanza⁵⁸.

straordinaria. Suo compito principale è esprimere pareri, nella maggior parte dei casi obbligatori, ma non vincolanti, sugli atti del commissario straordinario e in ogni altro caso previsto dal Ministero.

Tra i pareri la cui mancanza sembrerebbe integrare vizio di legittimità del provvedimento autorizzatorio rientra il parere sul compimento degli atti straordinari indicati dall'art. 42 (ossia gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende; nonché gli atti di alienazione e di locazione di beni immobili, gli atti di alienazione di beni mobili in blocco, di costituzione di pegno e le transazioni, se di valore indeterminato o superiore a lire quattrocento milioni).

⁵⁴ M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994; S. VALENTINI, *Vigilanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993; L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Milano, 1984.

⁵⁵ AA. VV. *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, M. GIUSTI (a cura di), Padova 2004, *passim*

⁵⁶ Secondo la dottrina: “in molti casi vi è soltanto una generica sovraordinazione (si pensi alle alte vigilanze, che consistono in una supervisione generale sugli indirizzi e risultati complessivi dell'attività dei vigilati), e in altri casi il potere di vigilanza si fonda solo sul presupposto che, ai sensi di qualche norma amministrativa, l'attività del vigilato inerisce ad interessi pubblici primari e dunque è necessario che un pubblico potere la vigili” (S. AMOROSINO, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2008, p. 23).

⁵⁷ S. AMOROSINO, *op. ult. cit. loc. cit.*

⁵⁸ Per quanto riguarda le conseguenze di un cattivo esercizio della funzione di vigilanza da parte del Ministero, secondo la dottrina, i risultati applicativi non dovrebbero essere diversi da quelli elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione negli anni novanta in materia di responsabilità delle autorità amministrative: “vicende giudiziarie nelle quali la giurisprudenza era già pervenuta a riconoscere la possibilità di configurare in capo all'autorità amministrativa di vigilanza una responsabilità extracontrattuale per violazione dei principi di legalità,

La funzione di vigilanza così delineata trova espressione, anche per il caso ILVA, in virtù del citato articolo 8 del d.l. n. 347 del 2003, nell'articolo 37 del d.lgs. n. 270 del 1999 il quale stabilisce che la procedura di amministrazione straordinaria si svolge sotto la vigilanza del Ministero.

La funzione di vigilanza del Ministero trova poi una centrale esplicazione con riguardo alla formulazione del programma, sia se volto alla cessione dei complessi aziendali, che alla ristrutturazione delle imprese in difficoltà, che viene redatto dal commissario straordinario sotto la vigilanza del Ministero (ai sensi dell'articolo 4 comma 2 del d.l. n. 347 del 2003 che richiama l'articolo 54 del d.lgs. n. 270 del 1999).

Tale tipologia di vigilanza consente l'esercizio di poteri di amministrazione attiva, potendo il Ministero far inserire nel programma modifiche o integrazioni o chiederne la sostituzione, in via autoritativa e potendosi far assistere da esperti.

Il programma è sia strumento di politica industriale del Ministero, sia deve rispondere all'esigenza di salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali ma soprattutto essere idoneo a consentire il recupero dell'equilibrio economico e finanziario delle attività dell'impresa. Spetta al Ministero anche autorizzare l'esecuzione del programma e le sue eventuali modifiche nei confronti del quale dovrà espletare rilevanti funzioni di controllo.

6. La cessione dei complessi aziendali dell'Ilva

In seguito alla redazione del programma la decisione dei tre commissari straordinari nominati per ILVA e □ stata di cedere il complesso dei beni aziendali, previa autorizzazione costitutiva⁵⁹ da parte del Ministero vigilante, in quanto la liquidazione dell'impresa ha avuto ripercussioni sull'effettivo perseguimento delle esigenze pubbliche. Nell'ipotesi di vendita, gli obiettivi non sono solo liquidatori e mirati alla

imparzialità e buona amministrazione dettati all'articolo 97 Cost., principi considerati alla stregua di limiti esterni all'attività discrezionale di vigilanza, e la cui inosservanza ben può configurare violazione della norma primaria del *neminem laedere*". Inoltre sarebbero state tipizzate alcune fattispecie di responsabilità a carico dell'organo di vigilanza: "in relazione alla nomina od al mantenimento in carica di commissari sforniti di idonei requisiti di professionalità o di onorabilità; per avere il Ministro dell'Industria autorizzato il trasferimento di aziende o rami di aziende ad imprese inaffidabili o non in grado di salvaguardare l'adempimento degli obblighi contrattuali assunti; quando l'autorità amministrativa di vigilanza abbia diffuso comunicazioni inesatte (sottacendo anche elementi rilevanti per una corretta valutazione) ingenerando nei terzi erronee rappresentazioni; nei casi di colpevole inerzia, protratta nel tempo, nell'assumere interventi autoritativi previsti dalla legge; in generale ogniqualvolta l'autorità di vigilanza sia incorsa in negligenze, leggerezze, od omissioni altrettanto gravi". (M. CASSOTTANA, *La responsabilità e le competenze del Ministero dell'Industria*, in *Fall.*, 2000, 9, p. 979).

⁵⁹ Nel contesto della funzione di vigilanza spettante al Ministero dello Sviluppo Economico si inserisce il potere di autorizzazione nei confronti degli atti più rilevanti della procedura che ha la funzione di valutare la rispondenza dell'atto alla molteplicità degli interessi coinvolti.

I provvedimenti di autorizzazione sono di carattere costitutivo e sono volti a svolgere una valutazione comparativa degli interessi in gioco da parte dell'Amministrazione, con conseguente contemperamento tra le esigenze del mercato, dei lavoratori e quelle dei creditori.

soddisfazione dei creditori, ma soprattutto devono tener conto del risanamento effettivo, del ripristino del patrimonio produttivo e della salvaguardia dei livelli occupazionali dell'impresa in crisi.

Infatti “gli atti della procedura di vendita dei beni dell'impresa in amministrazione straordinaria sono atti amministrativi, espressione del potere amministrativo esercitato per il conseguimento di interessi pubblici che travalicano quello dei creditori dell'impresa in crisi”⁶⁰.

Secondo l'articolo 1 comma 4 del d.l. n.1 del 2015 (che ha integrato l'articolo 4 del d.l. n. 347 del 2003) nel caso ILVA, fermo restando il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, in deroga alla previsione dell'articolo 62 del d.lgs. n.270 del 1999, i commissari straordinari sono stati tenuti ad individuare l'affittuario o l'acquirente a trattativa privata, tra i soggetti che avrebbero garantito, a seconda dei casi, la continuità produttiva nel medio periodo dello stabilimento industriale di interesse strategico nazionale anche con riferimento alla garanzia di adeguati livelli occupazionali, nonché la rapidità ed efficienza dell'intervento ed il rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione nazionale e dai trattati sottoscritti dall'Italia.

La necessità di rispettare i principi di trasparenza e non discriminazione (e quindi la necessità della tutela della *par condicio* e della concorrenza e l'obbligo di motivazione delle scelte effettuate dagli organi addetti) è stato attuato mediante la pubblicazione di una manifestazione d'interesse⁶¹ (previamente autorizzata dal Ministero dello Sviluppo Economico, sentito il comitato di sorveglianza) costituente la *lex specialis* di gara, ossia di una procedura svolta secondo i principi dell'evidenza pubblica.

Come ha chiarito la giurisprudenza amministrativa: “l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi dà luogo ad una procedura che si caratterizza, secondo la stessa nozione dell'istituto delineata dall'articolo 1 del Decreto legislativo n.270/99, per gli scopi preminenti di conservazione del patrimonio produttivo agli effetti occupazionali e del rilievo che ciò assume nell'economia del Paese. La cessione di singoli cespiti, ancorché effettuata con strumenti privatistici ed a garanzia patrimoniale dei creditori, viene a coordinarsi con le innanzi indicate finalità di rilievo pubblico. Segue che il provvedimento che autorizza la vendita assume a riferimento, accanto all'interesse ordinario dei creditori, valutazioni di politica industriale e di conservazione delle unità produttive che sono espressione della sfera di discrezionalità di cui dispone l'autorità di vigilanza. A fronte di siffatta determinazione, le posizioni soggettive dei privati coinvolti nel procedimento assumono consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo”⁶².

⁶⁰ V. Cassazione Sez. Un. sentenza n. 12247 del 2009 in *www.dejure.it*.

⁶¹ La procedura di cessione dei complessi aziendali di ILVA si è articolata nella pubblicazione di una manifestazione di interesse che ha individuato i requisiti per l'ammissione alla gara, le modalità di svolgimento, i termini, i documenti da fornire e i criteri di valutazione delle offerte, nell'assegnazione di un particolare rilievo dell'affidabilità dell'offerente, del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questo presentato e delle garanzie di mantenimento dei livelli occupazionali; ed in una successiva lettera di invito.

⁶² Consiglio di Stato, Sezione VI, Sent. n. 1585 del 17.03.2009, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Più in dettaglio, il 5 gennaio 2016 l'amministrazione straordinaria del gruppo ILVA ha pubblicato un invito a manifestare interesse in relazione all'operazione di trasferimento dei complessi aziendali facenti capo ad Ilva S.p.A. in amministrazione straordinaria e ad altre società del medesimo gruppo, da perfezionarsi mediante la cessione o la concessione in affitto, con opzione d'acquisto, dei medesimi complessi aziendali.

Nella manifestazione d'interesse i commissari straordinari al punto 1.3 hanno previsto: "In conformità a quanto disposto con il d.l. 4 dicembre 2015, n. 191 i Commissari straordinari intendono espletare, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione ai sensi dell'articolo 4, comma 4 – *quater* del D.L. 347/2003, una procedura volta all'individuazione di un *partner* con il quale dare corso ad una operazione avente ad oggetto il trasferimento dei complessi aziendali facenti capo alla società in Amministrazione straordinaria, da perfezionarsi mediante la cessione o la concessione in affitto con opzione di acquisto dei medesimi complessi aziendali"⁶³.

Al punto 6 della manifestazione di interesse sono state disciplinate le fasi successive della procedura. In particolare al punto 6.2. è stato disposto che, a seguito della scadenza del termine per la presentazione di manifestazioni di interesse, sarebbe stata inviata ai soggetti ammessi un'apposita lettera di invito a partecipare alla procedura che avrebbe regolamentato:

i) la durata della fase della *due diligence* ii) le modalità e i contenuti delle offerte vincolanti da presentare, aventi ad oggetto termini e condizioni proposti per l'implementazione dell'operazione in conformità a quanto disposto dall'articolo 4 comma 4 *quater* del d.l. 347/2003 e dal d.l. 191/2015; iii) le modalità per l'espletamento di una o più fasi di rilancio cui potranno essere invitati tutti o parte degli offerenti.

Nella manifestazione di interesse è stata quindi espressamente prevista la selezione da parte dei commissari straordinari, eventualmente anche all'esito di rilanci, della migliore offerta vincolante ricevuta.

Al punto 6.3. è stato inoltre previsto che "I commissari straordinari si riservano di adeguare le successive fasi della procedura anche in relazione ad eventuali modifiche normative, fermo il rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione".

Con riferimento alle regole da seguire nella procedura di cessione, ancorchè soggette a regole privatistiche e non al codice dei contratti pubblici, poiché è stato previsto che essa debba comunque

⁶³ Inoltre al punto 2.2 della manifestazione di interesse è stato ribadito che lo scopo dell'operazione era quello di preservare la continuità operativa dei complessi aziendali della società in amministrazione straordinaria, con idonee garanzie di mantenimento di adeguati livelli occupazionali, sviluppare la relativa produzione siderurgica in Italia e consentire l'implementazione delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria e degli altri investimenti necessari e/o opportuni per l'ottimizzazione degli impianti produttivi, assicurando altresì la discontinuità, anche economica, della gestione dei medesimi complessi aziendali e la rapidità ed efficienza dell'intervento nonché il rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione nazionale e dai Trattati sottoscritti dall'Italia.

essere rispettosa dei principi dell'evidenza pubblica, è da evidenziare la necessità del rispetto del principio della predeterminazione e della non modificabilità dei criteri e dei parametri esposti nella manifestazione di interesse, a garanzia dell'imparzialità, della parità di trattamento e della trasparenza di tutti i potenziali concorrenti.

Sulle regole della procedura volta alla cessione dei beni aziendali dell'ILVA e sulle regole di gara sono poi intervenuti, durante lo svolgimento della gara, il d.l. n. 98/2016 e il d.l. n. 244/2016, ossia norme provvedimento riguardanti proprio la cessione dell'ILVA.

La gara è stata aggiudicata al gruppo AMInvestCo (Arcelor Mittal) il 5 giugno 2017 (confermata con d.m. del 9 giugno 2017) a seguito di parere favorevole sull'aggiudicazione del Comitato di sorveglianza ed il mese successivo è stato sottoscritto il contratto di trasferimento,

7. Le problematiche emerse in relazione alla modalità di svolgimento della procedura cessione del complesso aziendale ILVA e l'avvio di un procedimento di autotutela

Dopo la chiusura della procedura e l'aggiudicazione nei confronti di AMInvestCO (Arcelor Mittal) il gruppo controinteressato (Acciaitalia) non ha impugnato la procedura svolta secondo i principi dell'evidenza pubblica.

Successivamente, con lettera del 10 luglio 2018⁶⁴, il Presidente della Regione Puglia ha avanzato alcuni dubbi sulla legittimità dello svolgimento della procedura di cessione del complesso aziendale dell'ILVA (quindi dopo che la gara era stata aggiudicata ed era stato stipulato il contratto).

In seguito alla suddetta lettera il Ministro dello Sviluppo Economico ha inviato una richiesta di parere all'Autorità Nazionale Anticorruzione⁶⁵, chiedendo approfondimenti su alcuni profili di presunta illegittimità della gara. Dei tre profili segnalati dal Ministero dello Sviluppo Economico sembra interessante soffermarsi sul terzo profilo di criticità, scaturito dall'eccezione sollevata in ordine alla mancata attuazione del procedimento di rilancio delle offerte. Se nella manifestazione di interesse per la cessione del complesso aziendale dell'ILVA, l'articolo sei (sopra citato), dedicato alle fasi successive della procedura, aveva disposto che sarebbe stata inviata ai soggetti ammessi alla prosecuzione della procedura una lettera di invito a partecipare in cui sarebbero state indicate "le modalità per l'espletamento di una

⁶⁴ Cfr. Lettera del 10 luglio 2018 diretta al Vice Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministro dello Sviluppo Economico, del Lavoro e delle Politiche sociali

⁶⁵ L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha fondato la propria competenza non sul codice dei contratti pubblici, che non sarebbe applicabile alla cessione dei beni aziendali di ILVA, bensì (alla luce del combinato disposto del d.l. 347 del 2003 e del d.l. n. 191 del 2015) sul richiamo legislativo al rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione (ossia principi di derivazione comunitaria comuni a quelli che disciplinano il settore dei contratti pubblici tutelato dall'Autorità) per l'individuazione dell'affittuario o dell'acquirente mediante trattativa privata.

o più fasi di rilancio cui potranno essere invitati tutti o parte degli offerenti”; tuttavia (come osservato dall’Autorità Nazionale Anticorruzione) dall’analisi della lettera di invito (lettera di procedura), tale aspetto della gara non sarebbe stato poi stato adeguatamente disciplinato, come inizialmente previsto nella manifestazione di interesse.

Vi sarebbe stata quindi una regolamentazione non chiara della legge di gara. Tale mancata adeguata disciplina, secondo l’Autorità, non sarebbe però stata idonea a far ritenere caducata la norma della *lex specialis* di gara che la prevedeva in via generale. Pertanto, a fronte di un’espressa richiesta dell’impresa seconda classificata, essa avrebbe dovuto avere luogo ove ritenuta utile ad una migliore tutela dell’interesse pubblico e sempre che non ostassero circostanze di fatto o di diritto idonee ad impedirne l’espletamento o a incidere negativamente sui principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione.

Tale ricostruzione appare condivisibile in quanto, laddove si applichino i principi dell’evidenza pubblica e comunque si siano stabilite delle regole *ex ante* nella manifestazione di interesse, queste vincolano il soggetto che svolge la procedura di confronto competitivo, in quanto è principio pacifico che una modifica della disciplina in corso di “gara” costituisca una violazione del principio di concorrenza sotto il profilo della disparità di trattamento tra i soggetti partecipanti⁶⁶.

Con nota del 24 luglio 2018 il Ministero dello Sviluppo Economico, in seguito al parere dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, ha avviato, *ex* articolo 7 della legge n.241 del 1990, un procedimento per l’eventuale annullamento in autotutela⁶⁷ ai sensi dell’articolo 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 del decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 5 giugno 2017 di autorizzazione all’aggiudicazione

⁶⁶ A conferma, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto illegittima la determinazione dei parametri di valutazione effettuata dopo che il commissario era venuto a conoscenza delle offerte ricevute, affermando che “*tale modus operandi* si rivela in aperto contrasto con i generalissimi e fondamentali canoni di garanzia, di imparzialità, trasparenza e *par condicio* che, secondo ampia consolidata e pacifica giurisprudenza, debbono presidiare ogni forma di gara ad evidenza pubblica, quale è la procedura di vendita di cui si discute. È evidente, invero, che anche solo la mera possibilità della conoscenza dell’entità dell’offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica metta in pericolo tale garanzia” (TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. n. 11613 del 2.11.2006, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁶⁷ I contributi sull’autotutela amministrativa sono molto numerosi. Se ne citano alcuni (senza pretesa di esaustività): F. BENVENUTI, *Autotutela (Dir. amm.)* in *Enc. dir.*, Milano, 1959; G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1987; G. CORAGGIO, *Autotutela (Dir. amm.)* in *Enc. giur.*, Roma 1988; A. LIBERATI, *L’autotutela amministrativa*, Milano, 2006, *passim.*; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, n. 6, p. 1223; F. FRANCIARIO, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione* in A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, p. 107 e ss.; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Il libro dell’anno del diritto*, Roma, 2015; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso*, in www.federalismi.it, n. 16/2016; E. GIARDINO, *L’autotutela amministrativa e l’interpretazione della norma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 4, p. 439 e ss.; C. NAPOLITANO, *L’autotutela amministrativa: nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, *passim.* Sull’autotutela decisoria amministrativa, F. FRANCIARIO, *Profili evolutivi dell’autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di) *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016.

dei complessi aziendali dell'ILVA. Nell'ambito del suddetto procedimento di autotutela il Ministero ha chiesto un approfondimento all'Avvocatura Generale dello Stato, che si è pronunciata con parere del 21 agosto 2018.

L'Avvocatura dello Stato è stata chiamata ad esprimersi sui medesimi quesiti sui quali si era pronunciata l'Autorità Nazionale Anticorruzione. Soffermandosi sul terzo quesito (mancati rilanci) è stato ribadito che una fase di rilanci era stata prevista nella manifestazione di interesse ma non nella lettera di invito ed ha confermato il disallineamento tra lettera di invito e la manifestazione di interesse entrambe costituenti la *lex specialis* di gara che, pur restando di stampo privatistico, sarebbe stata regolata da principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione, ai sensi dell'art. 1 comma 2 d.l. n.191 del 2015⁶⁸.

Il punto più delicato ha riguardato la mancata presa di posizione, durante la procedura di gara, sull'offerta in rilancio di Acciaitalia insieme alla mancanza di riferimento all'attività istruttoria eventualmente svolta. Le ragioni dell'omessa valutazione si sarebbero potute dedurre solo dalla relazione prodotta, nell'ambito del procedimento in autotutela, da Arcelor Mittal ⁶⁹.

L'Avvocatura, dopo aver affermato che sul punto vi fossero aspetti di complessità e che non poteva trascurarsi la circostanza che, a suo tempo, Acciaitalia non avesse ritenuto di assumere alcuna iniziativa processuale, ha ritenuto, come anche l'ANAC che, anche in mancanza di un'espressa regolamentazione della possibilità di presentare un'offerta di rilancio nella lettera di invito, essa sarebbe dovuta essere ritenuta ammissibile.

Pertanto i commissari straordinari avrebbero dovuto espressamente pronunciarsi su tale aspetto e “una tale omissione può infatti assumere rilievo quale elemento sintomatico della figura di eccesso di potere (sotto il profilo del non corretto perseguimento del fine pubblico e dello sviamento) anch'essa pacificamente rilevante al fine di integrare uno dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela richiesti dal combinato disposto degli articoli 21 *octies* e 21 *nonies* della legge 241 del 1990”⁷⁰.

⁶⁸ Tuttavia l'Avvocatura dubita che tale disallineamento avrebbe avuto effetti pregiudizievoli sulla complessiva legittimità della procedura in quanto: la lettera di procedura (lettera di invito) recava una disciplina di dettaglio della gara univoca in cui era espressamente prevista non una fase di rilanci bensì solo una contrattazione diretta dell'amministrazione con il soggetto aggiudicatario. Essa sarebbe stata conosciuta ed accettata senza riserve dalle parti ed allegata alle offerte. Inoltre il procedimento di aggiudicazione, insieme al quale si sarebbero potuti impugnare anche gli atti del procedimento, non sarebbe stato oggetto, neanche in seguito, di alcuna contestazione giurisdizionale da parte di Acciaitalia, il che ne avrebbe comportato il consolidamento (Parere Avvocatura dello Stato del 21 agosto 2018, p.21).

⁶⁹ Secondo ArcelorMittal sarebbero dipese “dal fatto che la missiva fosse a firma non del legale rappresentante di Acciaitalia ma solo di due consiglieri di amministrazione su quattro in assenza degli altri e dell'amministratore delegato. Deponendo, ad avviso dei commissari, per la non affidabilità dell'offerta la sua non riferibilità a tutti i soggetti della cordata compresa Cassa Depositi e Prestiti” (Parere Avvocatura dello Stato, p.21).

⁷⁰ Avvocatura dello Stato, parere 21 agosto 2018, p.29

Inoltre, in relazione all'esercizio del potere di autotutela, è stato richiamato l'orientamento della giurisprudenza nei confronti dell'articolo 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo il quale l'illegittimità, pur costituendo un necessario presupposto dell'annullamento di ufficio, non possa “da sola giustificare la decisione di rimuovere il provvedimento invalido, essendo altresì necessaria la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale, da curare con l'atto di annullamento”⁷¹.

Ossia l'Avvocatura, come anche l'ANAC, pur avendo riscontrato la presenza di una presunta illegittimità nella gara, ha rimesso al Ministero una delicata valutazione, anche alla luce “della sussistenza di concrete ragioni di interesse pubblico non semplicemente rinvenibili nella pur fondamentale esigenza di ripristino della legalità, in ipotesi violata”⁷²; ciò anche alla luce della posizione di affidamento che potesse essersi ingenerata per l'aggiudicatario che sarebbe stata di competenza dell'amministrazione. Nel mese di settembre 2018 il Ministero per lo Sviluppo Economico ha deciso di non procedere con l'annullamento in autotutela ed ha concluso la trattativa sindacale con Arcelor Mittal con un accordo migliorativo per i dipendenti assunti.

L'apertura e lo svolgimento di un procedimento di autotutela decisoria da parte del Ministero dello Sviluppo Economico (a seguito della cessione del complesso dei beni aziendali dell'ILVA svolta secondo una procedura rispettosa dei principi dell'evidenza pubblica) ha dimostrato, anche in tale fase, la sussistenza di una potestà generale in capo alla pubblica amministrazione di riesaminare i propri atti al fine, se li ritenga illegittimi, di annullarli, ancorchè, come stigmatizzato dall'ANAC, la gara per la cessione del complesso dei beni aziendali non sarebbe stata regolata dal codice dei contratti pubblici, bensì solo dai principi dell'evidenza pubblica, riguardando un gruppo privato. Quindi la possibilità, in alcun modo contestata, di poter procedere in autotutela sembrerebbe confermare l'accentuata centralità del pubblico potere nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

Sul ruolo del pubblico potere nella suddetta procedura si rassegna qualche ulteriore spunto di riflessione. Se con l'originaria legge Prodi del 3 aprile 1979, n. 95 il legislatore sembrava pensare ad una crisi congiunturale per cui l'intervento legislativo costituiva un aiuto a superare la crisi e ciò spiegava il carattere quasi automatico dell'istituto basato su presupposti essenzialmente quantitativi ed abbastanza neutri sull'esito finale dell'amministrazione straordinaria; in un secondo momento, anche a riprova di una maggiore acquisita consapevolezza da parte del pubblico potere, la legge Prodi bis (d.lgs. n. 270 del 1999) aveva puntato su una maggiore attenzione, da un lato ai requisiti “qualitativi” per la praticabilità dell'istituto; e dall'altro ad una maggiore attribuzione di discrezionalità politico – amministrativa per la

⁷¹ Cfr., tra le altre, TAR Puglia – Lecce, sez. III, n. 923 del 18 marzo 2015, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷² Avvocatura dello Stato, parere 21 agosto 2018, p.33

migliore soluzione della crisi imprenditoriale anche se non veniva a priori costituita (o meglio precostituita) una soluzione positiva o negativa della crisi medesima.

A partire dal decreto c.d. Marzano (d.l. n. 347 del 2003) vi sono state significative deviazioni dal modello generale attraverso singoli “salvataggi” almeno in parte amministrati direttamente dalla legge (legge-provvedimento). L’utilizzo della locuzione “deviazione dal modello” è derivata dalla considerazione che, in casi quale quello del gruppo ILVA, al concetto di grave crisi imprenditoriale si è accompagnato quello centrale di emergenza. In effetti l’utilizzo di una misura tipica dello stato di emergenza, quale il decreto legge, è stato giustificato non tanto dallo stato di crisi dell’impresa ma dal suo collegamento con la necessità di far fronte ad un’emergenza ambientale ed a gravi danni alla salute insieme alla necessità di garantire l’occupazione. Il modello di procedura di amministrazione straordinaria sembrerebbe quindi, se confrontiamo le ipotesi di amministrazione straordinaria rispondenti ai requisiti richiesti dal d.lgs. n. 270 del 1999 e quelle rientranti nella casistica del d.l. n. 347 del 2003 caratterizzato da un doppio binario: l’amministrazione straordinaria da un lato ed il “salvataggio” dall’altro per i casi di crisi di gruppi di dimensioni molto rilevanti quale l’ILVA. In tali ipotesi sembrerebbe diventare più centrale il rilievo dell’interesse pubblico, inteso come tutela dei lavoratori ma anche di altri diritti fondamentali quali, in questo caso, il diritto alla salute e la tutela dell’ambiente, con un accentuato rafforzamento dei profili pubblicistici della procedura della amministrazione straordinaria attraverso i plurimi poteri attribuiti al commissario straordinario (o ai commissari) in sostituzione dell’impresa privata, spesso in deroga a disposizioni ordinarie, finanche di carattere penale. Ossia la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, laddove regolata dal decreto Marzano e da puntuali regole *ad hoc* introdotte di volta in volta con singoli decreti legge, sembrerebbe caratterizzata da un rafforzamento del ruolo pubblicistico.