



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Delle Crisi D'impresa

**LA CRISI D'IMPRESA NELLE SOCIETÀ A
PARTECIPAZIONE PUBBLICA**

RELATORE

**Chiar.mo Prof.
Vincenzo De Sensi**

CANDIDATO

**Alessandro Speciale
Matr.121803**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Gian Domenico Mosco**

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

INDICE

Introduzione	pag. 4
---------------------------	--------

CAPITOLO I

IL SOCIO PUBBLICO

1. Premessa.....	pag. 12
2. Cenni storici sull'intervento pubblico nell'economia	pag. 13
3. Percorso normativo: lo Stato imprenditore, socio e regolatore.....	pag. 17
4. Società in house: dalla Corte di Giustizia alla legislazione nazionale.....	pag. 22
5. Premessa al Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.....	pag. 28
6. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.....	pag. 31
6.1 Le società partecipate alla luce del Testo Unico.....	pag. 36
6.2 Cenni alle società in house nel D. Lgs. 175/2016.....	pag. 47

CAPITOLO II

IL COMPLESSO DIBATTITO SULLA FALLIBILITÀ DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

1. Premessa.....pag. 56
2. Le società di diritto privato con socio pubblico, una
vexata quaestio: fallibilità od esenzione?.....pag. 59
3. L'approccio "tradizionale" e la soggezione al diritto
comune.....pag. 71
4. La tesi tipologica e la prevalenza dell'elemento
pubblicistico. L'esenzione dalla fallibilità.....pag. 84
5. La tesi funzionale. La rilevanza del servizio svolto
sulla disciplina da applicare.....pag. 92

CAPITOLO III

LA "NON SEMPLICE" RISOLUZIONE DEI CONTRASTI: L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE

1. Premessa.....pag. 97
2. L'articolo 14 e l'adesione alla teoria "tradizionale".....pag. 102
3. La 'prevenzione' della crisi: "stella polare" della
riforma.....pag. 116

4. La giurisdizione sull'azione di responsabilità degli organi sociali e l'ampliamento dei controlli. Cosa è cambiato?.....	pag. 123
---	----------

Conclusioni	pag. 135
-------------	----------

Bibliografia.....	pag. 140
-------------------	----------

Introduzione

Tra la fine dell'ottocento ed i primi anni del novecento si assiste, in Italia, ad un processo di evoluzione tecnologica ed industriale che porta con sé benefici e criticità.

L'ammodernamento delle tecniche agricole porta i grandi proprietari terrieri a ridurre la manodopera necessaria ai fini produttivi costituendo una delle cause primarie nell'abbandono delle società rurali in favore delle città metropolitane che, grazie allo sviluppo industriale, erano in grado di garantire lavoro e conseguentemente stabilità economica.

Alla ricerca della "fortuna" dei braccianti soppiantati dal progresso tecnologico si affiancarono i piccoli proprietari terrieri che, non potendo competere con i costi derivanti dalla concorrenza, decisero di vendere i propri terreni in cerca di una migliore condizione di vita nelle città.

La crescita demografica che si accompagnò al fenomeno dell'inurbamento vide la nascita del dibattito sull'essenzialità dei servizi che, in una società moderna, lo Stato deve garantire in quantità e qualità sufficienti ai propri consociati.

La risposta statale alle esigenze delle nuove comunità cittadine avvenne, inizialmente, tramite l'assunzione e la gestione dei servizi ritenuti essenziali, direttamente o indirettamente, da parte delle pubbliche amministrazioni. La scelta interventista dello stato nell'economia si palesò nella forma di metodi gestori che privilegiarono

l'intervento dell'amministrazione pubblica nei settori di maggiore rilevanza (e non solo).

La gestione pubblica dei servizi garantiva alle comunità l'efficienza di cui avevano bisogno, ma la provenienza pubblica delle risorse era inevitabilmente destinata a far pesare le conseguenze della scelta sulle casse statali.

Gli eventi storici che hanno caratterizzato il nostro paese e le gestioni politiche fortemente diseconomiche palesarono negli anni l'impossibilità che siffatti metodi di gestione potessero proseguire senza un intervento correttivo.

Il *revirement* originò dalla scelta, avvalorata dai principi di origine comunitaria, di privatizzare gli enti pubblici economici ed abbandonare le ideologie monopolistiche in favore delle forme di gestione di matrice privatistica costituite dalle società di capitali.

Il cambiamento tardò nel rendersi effettivo e la prima conseguenza dell'inversione di tendenza fu solo una trasformazione formale delle precedenti forme di gestione. Il gattopardismo dovette lasciare il passo all'effettività quando si palesò la necessità che il *revirement* divenisse sostanziale.

Il cambiamento delle forme di gestione cagionò la proliferazione delle partecipazioni pubbliche. Quello che ne è derivato è stata la metempsicosi degli interessi pubblici in forme di gestione di matrice privatistica generando non pochi dubbi sulla disciplina applicabile ai soggetti di nuova costituzione.

Nel tentativo di regolare il fenomeno la produzione normativa ad esso dedicata divenne copiosa, variegata e disomogenea a causa dei diversi intenti politici che i vari governi dedicarono alla materia perdendo di vista l'esigenza di unitarietà.

All'ampia produzione normativa ad esse dedicata si affianca l'opera dei giudici comunitari che, nell'elaborazione giurisprudenziale delle caratteristiche delle società in house, hanno contribuito ad ampliare l'ambito soggettivo delle società partecipate.

Il Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento del tesoro, nel rapporto sulle partecipazioni pubbliche del 2016 ha rilevato, tra dirette ed indirette, 48.896 partecipazioni detenute in più di 8.000 organismi partecipati di cui la maggior parte è costituita nella forma giuridica delle società di capitali. Delle società dichiarate a fronte di 7.230 organismi attivi, 1.079 sono soggette a procedure concorsuali (di cui alcune con durate ultradecennali) e 584 risultano inattive, cessate o sospese. Delle società attive quasi il trenta per cento risulta in perdita e la maggior parte dei servizi ad esse affidate sono costituiti da affidamenti diretti con una soglia superiore al novanta per cento¹.

L'incidenza di questi numeri sull'economia è sufficiente a spiegare perché il legislatore, nell'ambito dell'ampia riforma volta alla riorganizzazione pubblica amministrazione concretizzata nell'emanazione della Legge 7 agosto 2015, n. 124, abbia delegato al Governo il compito di emanare un decreto legislativo che, creando una disciplina generale ed organica, facesse chiarezza sulla materia delle

¹ Per un approfondimento Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento del tesoro, Patrimonio della PA, rapporto sulle partecipazioni, novembre 2016.

partecipazioni rimuovendo le fonti di spreco tramite una razionalizzazione delle società stesse.

All'analisi di questo processo evolutivo è dedicato il primo capitolo dove, attraverso l'exkursus storico, si indaga l'origine della scelta di gestione nella forma della società di capitali e, attraverso una breve digressione normativa, si cerca di ricostruire il contesto in cui è stato emanato il Testo Unico del 2016 con l'intento di racchiudere al proprio interno la disciplina di riferimento delle società partecipate.

Inquadrare le società partecipate e la loro degenerazione nel fenomeno dell'in house è un'attività prodromica necessaria per un'analisi di compatibilità con le procedure concorsuali.

E' possibile dichiarare il fallimento di una società che svolga un servizio "essenziale" per la collettività? Come si coordinano la disciplina sull'esercizio provvisorio e sull'affitto di azienda che conferiscono al giudice il potere di decidere sulle stesse con le scelte che in questo ambito appartengono al potere politico?

Questi ed altri interrogativi sono la conseguenza della scelta di gestire nella forma societaria di tipo privatistico, caratterizzata dalla presenza di un socio pubblico, servizi di rilevanza pubblica. L'impatto nell'ambito delle procedure concorsuali è stato inevitabile.

La dottrina e la giurisprudenza hanno cercato, tramite approcci tra loro eterogenei, di ricostruire la disciplina a cui assoggettare le società partecipate esulando dai rigidi criteri formalistici.

L'assimilazione agli enti pubblici, in alcuni casi, e la rilevanza pubblica del servizio svolto, in altri, sono state le argomentazioni più

vigorosamente sostenute da chi, rifiutando l'approccio "tradizionale" favorevole ad una soggezione integrale al regime privatistico, riteneva le società in questione incompatibili con il regime normativo di tipo concorsuale.

L'erogazione dei servizi "necessari" alla collettività generava delle evidenti incompatibilità con il diritto ad un'erogazione efficiente e continua che, per espressa previsione normativa, la disciplina concorsuale non sempre poteva garantire.

L'interventismo di derivazione giolittiana, concretizzatosi nei primi anni del novecento con l'assunzione diretta e successivamente tramite le aziende municipalizzate, viene messo in crisi dalla scelta di operare secondo il regime privatistico con il rischio, come per i soggetti privati, che la soggezione alla procedura fallimentare impedisca la prosecuzione dell'attività.

Le difficoltà di coesistenza tra la scelta di operare secondo le norme che regolano l'agire privato e l'esigenza di tutela degli interessi pubblici ha alimentato i temi del dibattito.

Si è giunti a ritenere inficiato il ruolo dei giudici che, nell'ambito della procedura concorsuale, si vedrebbero sostituiti all'amministrazione nelle scelte di carattere politico che riguardano l'affidamento, la prosecuzione ed i modi di erogazione dei servizi, ne deriverebbe, in sostanza, un'indebita interferenza dell'autorità giudiziaria nei poteri propri dell'autorità amministrativa.

Le incompatibilità riguardanti le società partecipate con il regime di diritto comune ampliano il loro oggetto di diatriba quando il soggetto a

cui fare riferimento diviene quel particolare modello societario che, per lo stretto legame intrattenuto con l'ente pubblico socio, diviene destinatario di affidamenti diretti e prende il nome di *in house providing*.

La società *in house* è un istituto di derivazione comunitaria che affonda le sue radici nella giurisprudenza europea. I tratti caratteristici delle società *in house* hanno fatto sì che il loro legame con l'amministrazione controllante le portasse ad essere considerate come una *longa manus* delle amministrazioni.

Le società partecipate, la rilevanza del servizio svolto e la natura "ibrida" delle società *in house* portarono gli interpreti a districarsi in un'angusta intersezione di termini ed approcci teorici che hanno generato idee divergenti e pronunce inevitabilmente contrastanti.

All'analisi degli orientamenti maggiormente rilevanti emersi in dottrina e giurisprudenza sarà dedicato il secondo capitolo con l'intento di ricostruire, quanto più compiutamente possibile, il vasto panorama precedente alla riforma.

In linea con l'evoluzione del sistema concorsuale, dopo aver superato il dibattito sulla fallibilità delle società partecipate, il legislatore delegato rivolge la propria attenzione alla prevenzione della crisi ed alla risoluzione della stessa piuttosto che alla disciplina fallimentare.

Nell'ottica preventiva un ruolo di primaria importanza viene affidato ai controlli sulla *governance* e sui gestori delle partecipazioni pubbliche.

Il legislatore, guardando con favore al regime privatistico, non distoglie l'attenzione dalla provenienza pubblica delle risorse garantendone la

tutela con la predisposizione di un regime sanzionatorio che ne garantisca l'osservazione.

Per concludere saranno quindi analizzati gli approdi a cui è giunto il legislatore delegato, le risposte fornite agli interrogativi posti precedentemente ed il sistema su cui si è deciso di puntare per raggiungere gli obiettivi perseguiti dalla legge delega cercando di mantenere quanta più chiarezza possibile nell'esposizione della delicata tematica affrontata.

Capitolo I

IL SOCIO PUBBLICO

1. PREMESSA

<<Historia vero testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis>>² diceva Marco Tullio Cicerone per esaltare l'importanza della storia, ma ancora di più per esaltare la necessità che un buon oratore conosca bene il suo argomento prima di esporlo. Questa massima, applicabile *mutatis mutandis* alla materia oggetto di studio, racchiude *in nuce* l'approccio utilizzato in questo lavoro.

Poiché lo studente del diritto non può prescindere dalla conoscenza delle dinamiche sociali, culturali e storiche della società in cui si appresta ad operare, ci è sembrata una tappa obbligata ripercorrere la storia dell'avvento dello Stato imprenditore nell'economia prima di approcciarsi all'evoluzione normativa culminata con l'emanazione del Decreto legislativo n. 175 del 19 agosto 2016 (T.U.S.P.P.), per meglio comprendere quali siano e quali fossero le ragioni dei differenti approcci alla partecipazione di un soggetto pubblico in società di tipo privatistico succedutisi nel tempo.

² << La storia è vera testimone dei tempi, luce della verità, vita della memoria, maestra di vita, messaggera dell'antichità.>> M.T. CICERONE, *De Oratore*, II, 9, 36.

2. CENNI STORICI SULL'INTERVENTO PUBBLICO

NELL'ECONOMIA

L'argomento che qui interessa affonda le sue radici nei primi anni del 1900 con il processo di urbanizzazione che diede vita ad una società diversa dagli aggregati urbani che l'avevano preceduta.

L'aumento della popolazione nelle città, l'intensificarsi dei rapporti economici e la conseguente necessità di rendere alcuni servizi fruibili in quantità e qualità sufficienti fece nascere il dibattito sui "servizi pubblici essenziali", questi senza prestarsi ad elaborazioni normative erano intesi come quei servizi di "necessità generale"³, volti al soddisfacimento dei bisogni di una collettività. Proprio il soddisfacimento di queste necessità avvenne inizialmente tramite l'assunzione dei servizi direttamente da parte dell'ente pubblico e successivamente tramite la nascita delle aziende municipalizzate, soggetti dotati di personalità giuridica data dalla necessità di conferire maggiore snellezza di forma rispetto alle logiche burocratiche delle amministrazioni ma con uscite ed entrate che confluivano direttamente nelle casse dell'ente di riferimento, il comune.

Questo processo, definito "municipalizzazione"⁴, ha come antecedente logico necessario la convinzione che alcuni servizi di rilevanza generale dovessero essere resi da un soggetto che potesse garantirne

³ B. SORDI, *Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello stato sociale*, in Quaderni Fiorentini, Milano, 2017.

⁴ G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in Atti del convegno vallo della Lucania, p.12 ss., 2009; sull'evoluzione delle forme di intervento dello stato nell'economia vd. anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, p.20, Bologna, 2013.

l'erogazione in termini di continuità ed efficienza; portando in alcuni casi ad esercitare dette attività anche con diritto di privativa.

Con il passare degli anni l'intervento dello stato nell'economia è stato sempre più frequente, il primo ed il secondo dopoguerra in Italia non hanno fatto altro che alimentare la nascita di imprese pubbliche data dalla necessità di rispondere ai fallimenti del mercato. Tuttavia, ad intenti così ottimistici non seguì nella pratica una realizzazione altrettanto felice⁵.

Il perseguimento dell'obiettivo venne attuato in maniera totalmente diseconomica con entrate che spesso non riuscivano neppure a coprire le uscite, il malcostume del finanziamento perpetuo tramite fondi pubblici dei soggetti che erogavano servizi definiti come "essenziali" (anche quando essenziali non erano!⁶), il clientelismo sviluppatosi nelle amministrazioni e l'esenzione dalla fallibilità degli enti pubblici economici⁷, come previsto dall'art 1 R.D. n. 267 del 1942⁸, hanno portato alla consapevolezza che il modello su cui era basato l'intervento pubblico nell'economia fosse inevitabilmente destinato a crollare.

Di fatto questo tipo di intervento è riuscito a persistere fino agli anni novanta del secolo scorso, anni in cui si è dato avvio al processo

⁵ M. CLARICH, op. cit., p.21

⁶ <<Le partecipazioni statali non abbracciavano più il solo perimetro delle imprese di interesse generale e dei servizi pubblici, ma ogni settore dell'economia. Ivi compreso il settore manifatturiero, ove la presenza dello Stato-imprenditore spaziava dalla produzione di automobili a quella dei panettoni>> U. PATRONI GRIFFI *Le nuove società partecipate e in house providing*, cit, p. 196, Milano, 2017.

⁷ Sulla gestione diseconomica e sulle influenze dei partiti politici sulle imprese statali vd. ampiamente F. ONIDA, *Industria e trasformazione produttiva in Italia: crisi e privatizzazioni dagli anni 90. Alla ricerca di una nuova politica industriale*, in *Rivista di storia economica*, 2014.

⁸ L. LONGHI, *dimensione percorsi e prospettiva dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015.

definito “privatizzazione”⁹. La trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali (privatizzazione formale) e la successiva collocazione delle partecipazioni statali sul mercato (privatizzazione sostanziale)¹⁰ hanno risposto alle esigenze di economicità che tanto era mancato nelle forme di gestione precedenti da parte delle pubbliche amministrazioni¹¹.

La privatizzazione ha segnato un cambiamento ideologico oltre che normativo. La forma di gestione societaria, regolata dalle norme del diritto privato, era sicuramente la migliore risposta al disavanzo pubblico che le precedenti forme di amministrazione dei servizi avevano generato. L'impossibilità di ricapitalizzazione perpetua ed il fallimento conseguente ad una gestione diseconomica portavano l'intervento pubblico nell'economia su un piano totalmente diverso. Con l'apertura ai capitali privati e la trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali, grazie anche alle spinte normative di origine comunitaria, lo stato passava da imprenditore ad azionista (e quotista).

Il fenomeno di soggezione alle norme privatistiche ha raggiunto in parte il suo obiettivo, generando utili in termini di profittabilità, <<le 93 dismissioni dal 1992 hanno generato introiti per 119 miliardi di

⁹ Sulla privatizzazione vd. V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, 1997.

¹⁰ Sulla distinzione tra i diversi tipi di privatizzazione vd. F. ONIDA, *Industria e trasformazioni produttive in Italia: crisi e privatizzazioni dagli anni '90. Alla ricerca di una nuova politica industriale*, cit. p.332, 2014; dove l'autore identifica tre tipi di privatizzazione quella <<fredda>> (formale), <<quella calda>>(sostanziale) ed una terza definita <<tiepida>> che si identifica con la cessione del controllo soltanto parzialmente a favore dei privati.

¹¹ F. ONIDA, op. cit., p. 333.

euro>>¹² ma questo non può essere l'unico parametro per giudicare un settore che coinvolge interessi molto più vasti.

Di fatto l'utilizzo dello strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni è avvenuto in seguito alle spinte di matrice economica e non solo, la privatizzazione infatti ha un senso ed un risvolto pratico solo nell'ottica di una "liberalizzazione" del mercato. Sulle spinte del legislatore europeo, che ha posto un argine agli aiuti di stato, si è fatta avanti una maggiore attenzione ai benefici che possono derivare dalla concorrenza in un libero mercato. Lo Stato da "attore" principale diviene così regolatore¹³ intervenendo in quei settori dove gli ex monopoli avevano "affossato" il mercato, auspicando non solo la ripresa, ma anche una migliore allocazione delle risorse a favore tanto degli agenti economici quanto dei consumatori.

Per quello che qui interessa l'iter storico ripercorso serve a comprendere come il deficit creato dalle imprese pubbliche abbia reso necessaria un'inversione di tendenza rispetto ai modelli precedenti. L'analisi sarà quindi rivolta alle società di capitali partecipate da enti pubblici, analizzando quali e quanti siano stati i problemi che le privatizzazioni hanno portato con sé in ambito fallimentare. Se infatti lo strumento societario per le pubbliche amministrazioni si è dimostrato utile sul versante economico altrettanto agevole non è stato il suo ingresso in ambito giuridico, settore in cui la posizione di socio difficilmente si concilia con l'erogazione di un servizio a beneficio

¹² L.LONGHI, op. cit, p.133.

¹³ Vd. V. ROPPO, op. cit., p. 637-638.

della collettività, ma soprattutto fonte di contrasti è stato il regime normativo da applicare ad un soggetto di diritto privato con innegabili peculiarità proprie del diritto pubblico non tanto dal punto di vista soggettivo, quanto per la rilevanza del servizio erogato e sulla prossimità della società rispetto all'ente di riferimento nel caso delle società “*in house*”.

3. PERCORSO NORMATIVO: LO STATO IMPRENDITORE, SOCIO E REGOLATORE

Il complesso e variegato corpus normativo che ha disciplinato negli anni la figura dello stato “imprenditore” sopra descritta affonda le sue radici in un risalente disegno di legge presentato dall'allora Ministro dell'interno Giovanni Giolitti con l. n.103 del 29 marzo 1903¹⁴, sarebbe questa la riforma che diede vita alle “municipalizzazioni”¹⁵. L'intento era sottrarre alcuni settori tassativamente individuati dalla legge stessa all'iniziativa economica privata, questo avrebbe apportato utili tanto alle amministrazioni locali quanto ai cittadini stessi che avrebbero beneficiato di una migliore gestione del servizio.

Durante il periodo fascista venne poi emanato il r.d. n. 2578 del 15 ottobre 1925¹⁶ contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei

¹⁴ Vd. Ampiamente G. PALLIGIANO. Cit.; anche A. Morelli e L. Trucco, *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014.

¹⁵ Vd. Par. I

¹⁶ C. EBERLE, *le società pubbliche e il testo unico sulle partecipate*, Padova, 2017.

servizi considerati di interesse pubblico da parte dei comuni e delle province. Era prevista anche la possibilità di assumere il servizio con diritto di privativa, comportando una compressione dei diritti privati che doveva avvenire per legge. Alla luce del r.d. n. 2578/1925 i servizi municipalizzati potevano quindi essere gestiti: direttamente dall'ente (gestione in economia), indirettamente (tramite le aziende speciali) o tramite concessione ai privati¹⁷.

Importantissimo è stato l'intervento del legislatore tramite la l. 142/1990¹⁸ che tra le varie innovazioni ha introdotto la gestione dei servizi pubblici nella forma delle società per azioni per i comuni e le province. La partecipazione dello stato a società di capitali era già prevista¹⁹ ed ammessa per gli enti locali "minori" solo in via giurisprudenziale e dottrinale. <<La gestione pubblica del servizio era subordinata alle seguenti limitazioni:

- Prevalenza del capitale pubblico, non essendo sufficiente che l'ente pubblico trovasse una situazione di comando ma era necessario il possesso del pacchetto costituito dal 51% delle azioni. A questo fine non era richiesta la detenzione del pacchetto di maggioranza da parte di un solo ente pubblico, essendo sufficiente la compresenza di più enti pubblici anche non territoriali che detenessero complessivamente la maggioranza delle azioni.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ G. PALLIGIANO, Cit.

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p.166,1985, Bologna.

- Necessaria compresenza di altri soggetti: anche successivamente alla costituzione della società, doveva essere assicurata la composizione pluralista dell'assetto proprietario tra soggetti pubblici e privati. Era quindi vietato l'acquisto dell'intero pacchetto azionario da parte di un solo ente pubblico con la conseguente creazione di una società unipersonale, non potendo l'ente locale essere l'unico responsabile dell'insolvenza. Si rammenta al riguardo che l'art 2362 cod. civ. prevedeva la responsabilità illimitata del socio unico azionista.

- Inerenza ai fini istituzionali dell'ente pubblico: la generica capacità di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici trovava un limite nei fini istituzionali dell'ente pubblico; la società pertanto non avrebbe potuto svolgere attività estranee ai fini istituzionali dell'ente locale e doveva essere circoscritta al territorio di quest'ultimo, anche se gli effetti potevano eccezionalmente prodursi in altri comuni>>²⁰

Nella specie quello che preme evidenziare è come la società non alterasse la sua qualifica di soggetto privato, la fattispecie era regolata e subordinata alle norme del diritto commerciale, a nulla rilevando la presenza di un socio pubblico nella compagine azionaria.

La trasformazione degli Enti in società di capitali con il mantenimento della partecipazione di maggioranza a favore delle pubbliche amministrazioni viene definita “privatizzazione formale” proprio perché, inizialmente, venne vista con sfavore la possibilità di consentire ai privati la gestione e la partecipazione di maggioranza a tutte quelle

²⁰ G. PALLIGIANO, op. cit, p.19.

attività che in precedenza venivano svolte dagli enti. Cambiava la forma, resa necessaria anche dalle direttive comunitarie in materia di concorrenza²¹, ma non la sostanza (ciò che era pubblico, restava pubblico!).

Fu poi l'articolo 12 della legge n. 498 del 1992^{ad} ad aprire le porte alla fattispecie definita come "privatizzazione sostanziale"²², prevedendo così l'abbandono dell'obbligo, per il socio pubblico, di mantenimento di una quota di maggioranza in favore dell'iniziativa di soggetti privati.

Intervenire poi la l. n. 127 del 1997²³, la cosiddetta "Bassanini" che aprì la strada alla possibilità per gli enti locali di partecipare anche alle società a responsabilità limitata secondo quello che da tempo era ormai il parere del Consiglio di Stato.

Il D.Lgs. 267 del 2000 (il testo unico degli enti locali)²⁴ si propose come obiettivo una riorganizzazione della materia, ormai vasta e disparata a causa dei numerosi e disomogenei interventi del legislatore, ribadendo la necessità della trasparenza e delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato a tutela della concorrenza.

Per completare il tutto, all'indomani della sentenza "Teckal", con l'articolo 14 della L. 326/2003 il nostro legislatore intervenne a

²¹ P. STELLA RICHTER, *L'interesse pubblico nelle privatizzazioni*, in Rivista giuridica del mezzogiorno, 2001.

²² N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alle società per azioni*, in Rivista delle società, p. 473, 1993.

²³ C. EBERLE, *Cit*; dove l'autore sottolinea i contrasti insiti nella normativa di cui trattasi.

²⁴ Vd F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in Le regioni, 2002; dove l'autore saluta con favore l'intento del legislatore di riunificazione della disciplina sulle partecipazioni in un Testo unico, poi in sostanza vanificata dalla riforma costituzionale del Titolo V.

modificare il TUEL, positivizzando la possibilità di un affidamento diretto del servizio pubblico locale per le società *in house providing* sulle quali le amministrazioni esercitavano un “controllo analogo”, argomento destinato ad essere oggetto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'applicabilità a detta fattispecie delle norme proprie del diritto privato.

Le società *in house* fanno così ingresso nel nostro ordinamento ma come una fattispecie residuale, vista inizialmente quasi con “sfavore” e limitata da alcune previsioni come la necessaria totalità della partecipazione in mano al socio pubblico, ma destinata ad essere luogo di privilegi politici per eludere i principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza²⁵.

A questi, già numerosi, sono seguiti altri interventi del legislatore che, ispirati anche dalle logiche di contenimento della spesa dei vari governi, hanno ampliato e modificato la materia tra inversioni di pensiero e ripensamenti.

L'iter storico e normativo serve a comprendere quali e quanti siano i dubbi che hanno tormentato gli esperti del diritto che, nel tentativo di elaborare una teoria univoca sulla fallibilità delle società partecipate, hanno dovuto rapportarsi alle varie forme che le partecipazioni hanno assunto nel tempo.

I teorici e pratici del diritto si sono divisi tra: coloro che optavano per una totale soggezione delle società in oggetto al regime delle procedure

²⁵ M. CLARICH, op. cit, p. 323,

concorsuali, coloro che ritenevano esenti dette società per la prevalenza dell'elemento pubblicistico del servizio erogato o della vicinanza all'ente partecipante e coloro che più "tiepidamente" propendevano ora per un'assoggettabilità ora per un'esenzione, facendola dipendere dalla rilevanza pubblica del servizio.

Proprio per comprendere queste differenze di vedute al fine di risolvere un annoso dibattito, ci è sembrato opportuno tentare di ripercorrere brevemente nei paragrafi che seguono l'ingresso delle società *in house* nel nostro ordinamento, fenomeno attorno al quale sono sorti maggiori dubbi circa l'applicabilità delle norme della legge fallimentare, e la forma assunta da queste e dalle società partecipate alla luce del Testo Unico del 2016. Tutto questo con la speranza che risulti utile al fine di comprendere come e quanto l'intervento normativo della "Legge Madia" e del suo decreto attuativo abbia contribuito alla risoluzione della disputa.

4. SOCIETÀ IN HOUSE: DALLA CORTE DI GIUSTIZIA ALLA LEGISLAZIONE NAZIONALE

La società *in house* riveste un ruolo importante, numericamente ed economicamente, nel nostro ordinamento²⁶. Ancora più importante

²⁶ <<il parere del Consiglio di Stato, Commissione Speciale del 21/04/2016, n. 968, ha impietosamente fotografato un sistema dell'*in house* basato su 5.000 società a partecipazione pubblica, con 500.000 impiegati, di cui 988 società con numero di addetti inferiori ai membri del consiglio di amministrazione, 2479 con numero di addetti inferiori a venti e 1.600 con valore della

risulta inquadrare le società *in house* al fine del presente lavoro, poiché attorno ad esse sono sorti i più interessanti contrasti giurisprudenziali e dottrinali sulla fallibilità delle società partecipate dagli enti pubblici.

Per analizzare il fenomeno dell'*in house* è opportuno ripercorrere le fasi che ne hanno caratterizzato il processo evolutivo, dalla sentenza *teckal* alla scelta del legislatore di introdurre la fattispecie nell'ordinamento positivizzandola.

E' proprio nella sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, quale leading case, che si rinviene la genesi storica dell'affidamento *in house* providing. Senza entrare troppo nel dettaglio, per quello che interessa questa sede, la sentenza nasce da un rinvio pregiudiziale del TAR di Reggio Emilia, sull'applicazione dell'art.6 della direttiva del Consiglio 92/50/CEE sugli appalti pubblici per la fornitura di servizi. La corte, nel dirimere la controversia, statuì che per ovviare ad una procedura ad evidenza pubblica fossero requisiti necessari: il "controllo analogo" a quello che un'amministrazione svolge nei confronti dei propri servizi insieme alla necessità che la società svolga la maggior parte della propria attività nei confronti degli enti partecipanti, a cui poi si aggiungerà il requisito della proprietà interamente pubblica²⁷.

La novità viene subito recepita dal nostro legislatore che all'art 113 c.5 del D.lgs 267/2000 (TUEL) prevede la possibilità di un affidamento diretto in presenza delle condizioni previste dalla corte, senza però

produzione inferiore ad un milione di euro>> L. D'ORAZIO-L. MONTEFERRANTE, *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, cit, p 4, Vicenza, 2017.

²⁷ Successivamente mitigata dall'apertura a capitali privati in presenza di espressa previsione di legge.

specificarne le definizioni. Proprio l'assenza di una puntuale definizione di "controllo analogo" e di criteri quantitativi o qualitativi su cui fare affidamento per la parte di attività che dette società devono svolgere nei confronti degli enti partecipanti, ha reso necessari nel tempo una serie di interventi tanto dei giudici, quanto del legislatore.

Con la sentenza *Parking Brixen* la Corte interviene nuovamente sulla nozione di "controllo analogo", quella che ha generato maggiori dubbi ed incertezze, affermando che questo si configura quando l'ente riesce ad esercitare <<un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti>>²⁸. Negando la legittimità dell'affidamento la corte prosegue confermando l'eccezionalità dei principi contenuti nella sentenza *teckal*²⁹ e fa emergere dubbi circa l'idoneità delle norme societarie interne a garantire questo tipo di controllo³⁰.

In effetti quello che rende ammissibile l'affidamento diretto e l'elusione delle norme sulla concorrenza è lo stretto legame che dette società intrattengono con le amministrazioni partecipanti, tanto da esserne considerate una *longa manus*³¹ o addirittura <<semi-amministrazioni>>³², ma si arrivò a dubitare della possibilità che le norme del diritto societario consentissero all'ente socio di costituire strumenti adatti a mantenere questo tipo controllo (dubbi che saranno chiariti con il D.lgs 175/2016) .

²⁸ Corte Giust., sez. I, 13 ottobre 2005, causa C-458/03.

²⁹ V. DONATIVI, *le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016

³⁰ *Ibidem*

³¹ L. D'ORAZIO-L. MONTEFERRANTE, cit.

³² M. CLARICH, op. cit., p.323.

Non interessa questa sede fotografare tutto il vasto panorama giurisprudenziale che ha seguito la Corte di giustizia nell'affinare i caratteri e principi che governano il fenomeno dell'*in house*, per cui alle opportune sedi si rimanda³³. E' invece utile osservare come l'ordinamento interno abbia risposto alle spinte comunitarie, positivizzando la fattispecie, limitando l'analisi ai riferimenti principali.

Con l'art 23-bis D.L. 112 del 2008³⁴ venne prevista la possibilità di un affidamento diretto, questo tipo di affidamento venne considerato come un *extrema ratio*, infatti era concesso alle amministrazioni di procedere all'affidamento senza gara soltanto nel caso in cui il contesto di riferimento non permettesse <<un efficace ricorso al mercato>>, la norma prevedeva altresì che l'amministrazione desse pubblicità della scelta e poneva a carico di questa una motivazione sulla base di un'analisi di mercato. L'art 23-bis venne poi abrogato dal D.P.R. 18/07/2011 n. 113 ed ebbe una storia travagliata con successivi interventi che cercarono di riportarlo in vita, vanificati dalle censure di incostituzionalità dei giudici della consulta³⁵. A parere del consiglio di stato³⁶ la dichiarazione di incostituzionalità non diede vita nuova alla normativa antecedente, ma comportò l'applicazione dei principi comunitari³⁷.

³³ Vd. ex multis F. FIMMANO' e A. CATRICALA', *le società pubbliche*, Napoli, 2016; L. D'ORAZIO e L. MONTEFERRANTE, cit; V. DONATIVI, cit.

³⁴ Convertito con la Legge 26 agosto 2008, n. 133 il cui art 23-bis; l'importanza di questa previsione viene evidenziata da V. DONATIVI, cit.

³⁵ Vd. Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199.

³⁶ Consiglio di Stato sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762.

³⁷ V. DONATIVI, cit.

Oggi la materia è disciplinata dal nuovo “Codice dei contratti pubblici” (Dlgs 50/2016) con cui, recependo le direttive comunitarie³⁸, il legislatore cristallizza il fenomeno e i caratteri dell'affidamento *in house*. Con l'articolo 5 del D.Lgs 50/2016 ottengono risposta le domande che hanno caratterizzato il percorso evolutivo della fattispecie.

Di fatto, il sistema nato dalla sentenza della Corte che si è modulato negli anni, adattandosi a quella che era la giurisprudenza comunitaria, aveva generato non pochi dubbi ed incertezze. Si auspicava un intervento normativo per dirimere i contrasti e soprattutto per favorire la certezza del diritto che i giuristi hanno tanto a cuore. Il sistema dell'affidamento diretto diviene così consentito quando sono soddisfatti contemporaneamente i criteri: del controllo analogo, dello svolgimento della maggior parte dell'attività svolta a favore dell'ente e in caso di assenza di capitali privati che determinino posizioni di controllo.

Il controllo analogo viene positivizzato ribadendo quanto statuito dalla giurisprudenza e dalle direttive comunitarie, questo si estrinseca secondo l'art 5 comma 2 del D.Lgs 50/2016 qualora l'amministrazione <<eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata>>.

³⁸ Recante: << Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.>>

Viene prevista una percentuale superiore 80% in riferimento all'attività che la società deve svolgere nei confronti dell'ente partecipante, parametrato da un criterio quantitativo per dirimere i contrasti sorti sulla modalità di definizione della parte di attività che dette società svolgono in favore degli enti partecipanti³⁹.

La normativa conclude i requisiti necessari per un affidamento *in house providing* facendo riferimento alla cogenza che il capitale sia interamente pubblico mitigando poi il tenore della norma con la possibilità di apertura a capitali privati qualora non esercitino forme di controllo, subordinandola alla necessità che sia ammessa da espressa previsione di legge.

Alla luce di questo intervento diviene sicuramente più agevole la possibilità di individuare le aree di esenzione dall'applicazione del "codice dei contratti pubblici". La tendenza giuspositivista del nostro ordinamento, che raggiunge la sua massima aspirazione con la codificazione, pone un obbligo di riflessione sul perché il nostro legislatore abbia positivizzato i principi di derivazione europea, enunciando espressamente quali siano i requisiti dell'*in house* elencandoli e dandone una definizione. La risposta è semplice. L'affidamento *in house* previsto inizialmente come una fattispecie residuale ed eccezionale diviene un modello alternativo a quello della "gara"⁴⁰ e le previsioni normative ad esso dedicate ne sono una prova,

³⁹ l'art 5 c. 7 D.lgs 50/2016 stabilisce che: <<si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione>>

⁴⁰ Cons. di Stato 24 ottobre 2017, n. 4902.

come si vedrà anche con gli articoli ad esso dedicati nel D.lgs 175/2016.

5. PREMESSA AL TESTO UNICO IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Quello che sicuramente emerge analizzando il fenomeno delle società a partecipazione pubblica sono tanto l'ampiezza della produzione normativa, quanto la mancanza di organicità che l'hanno caratterizzata⁴¹.

L'interesse manifestato sulla materia dai vari governi è dimostrato dalle disposizioni legislative ad essa dedicate con l'intento di contenimento della spesa quanto di implementazione della concorrenza⁴². Tuttavia questo interesse è stato caratterizzato dalla mancanza di una visione composita ed unitaria che ha reso necessario un intervento del legislatore allo scopo di racchiudere in un testo unico la disciplina di riferimento.

Proprio il sovrapporsi di tali norme ha indotto alcuni a ritenere le società pubbliche dotate del carattere di "specialità"⁴³, la conseguenza obbligata di questa "specialità" è stata la possibilità di considerarle

⁴¹ H. BONURA G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. Amministrativo*, p. 722., 2016.

⁴² A. Moliterni, *Le società pubbliche: scritti recenti*, in *Giornale Dir. Amministrativo*, cit., p. 273, 2017.

⁴³ H. BONURA G. FONDERICO, cit

esenti ad alcune condizioni dall'applicabilità delle norme sulle società di capitali⁴⁴.

E' in questa situazione di disordine normativo che si inseriscono l'art 16 e l'art. 18 della legge 7 agosto del 2015, n.124 con cui viene delegato al Governo il compito di riordinare la disciplina delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni⁴⁵. Lo stesso art. 18 prevede che il Decreto legislativo, dopo aver distinto le società partecipate in ragione della loro attività e della loro forma, si occupi della disciplina ad esse applicabile e di prevedere espressamente le deroghe rispetto al regime privatistico⁴⁶. Il richiamo alle linee guida

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ L' art 16 dopo aver specificato nel primo comma le materie in cui è prevista la delega al governo (l'art. 16 c.1 lett. b fa riferimento alle <<partecipazioni societarie della pubblica amministrazione>>) prosegue prevedendo che: <<Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi generali: a) elaborazione di un testo unico delle disposizioni in ciascuna materia, con le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse, salvo quanto previsto nelle lettere successive; b) coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; c) risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia; d) indicazione esplicita delle norme abrogate, fatta salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile; e) aggiornamento delle procedure, prevedendo, in coerenza con quanto previsto dai decreti legislativi di cui all'articolo 1, la più estesa e ottimale utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, anche nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa.>>. I principi contenuti nell'art 16 che riguardano generalmente più materie, vengono poi approfonditi ed ampliati dalla previsione contenuta nell'art 18 c.1 L. 124/2015 in cui è previsto che: <<Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori>>.

⁴⁶ L' art. 18 c. 1 prosegue definendo i modi in cui pervenire al conseguimento degli obiettivi della delega, statuendo che il decreto attuativo preveda: a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa; b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti

istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere; c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate; d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari; e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio; f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità; g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari; h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo; i) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento; l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato; m) con riferimento alle società partecipate dagli enti locali: 1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione; 2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi; 3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza; 4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessate, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate; 5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia; 6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate; 7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di qualità, per

esprese nella legge delega serve ad evidenziare ulteriormente quanto fosse necessario l'intervento del legislatore per fare chiarezza in una materia in cui la necessità di razionalizzazione si era resa improrogabile⁴⁷. Espletate le necessarie premesse possiamo passare alla disamina di alcune⁴⁸ delle novità apportate dal legislatore delegato che ha esercitato la delega contenuta nella L. 124/2015 in materia di <<partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche>> con il Decreto legislativo 19 agosto del 2016, n. 175⁴⁹.

6. IL TESTO UNICO IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA (D.LGS. 175/2016)

L'emanazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSPP) ha avuto come principi ispiratori, già ripetutamente richiamati, la razionalizzazione delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, la ricerca di univocità a discapito della frammentaria disciplina precedente nonché l'intento di promuovere e tutelare la concorrenza. Questi principi emergono già dai primi articoli,

ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata.>>

⁴⁷ Necessità palesata da più autori che, come si vedrà nel corso dell'elaborato, evidenziano il bisogno di una disciplina chiara ed univoca.

⁴⁸ Per quanto interessa questa sede l'attenzione sarà rivolta principalmente agli articoli riguardanti la prevenzione della crisi, la definizione di società in house e la soggezione alle procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica.

⁴⁹ P. COSMAI E R IOVINO, *Riforma delle società partecipate*, Guida operativa al D. Lgs. 19 agosto 2016, n.175, p.32 ss., Assago, 2016.

in cui risalta l'approccio che il legislatore ha inteso utilizzare nell'emanazione del testo unico⁵⁰.

L'incipit del decreto pone subito l'attenzione sulla necessità di definire l'ambito oggettivo di applicazione delle norme in esso contenute⁵¹. La normativa speciale, che si colloca come derogatoria rispetto alle norme generali, prosegue affermando che: <<Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato>>⁵². La previsione contenuta nell'art 1, che può a tratti sembrare banale⁵³, si è resa indispensabile a causa della produzione normativa precedente.

L'impostazione pare oggi essere inevitabilmente rivolta verso un sistema basato sulle norme del codice civile a cui, salvo espresse deroghe, bisogna fare riferimento. Riportare le società partecipate alla soggezione alle norme del diritto privato riequilibra anche le leggi del mercato che, nell'ottica della concorrenzialità, prevedono che tutti i partecipanti "giochino" secondo le stesse regole.⁵⁴

⁵⁰ P. COSMAI e R. IOVINO, cit.

⁵¹ L' art 1 c. 1 D.Lgs. 175/2016 prevede che: <<Le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonchè l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta>>.

⁵² Art 1 c. 3 D.lgs 175/2016.

⁵³ H. BONURA G. FONDERICO, cit p. 724. Si veda anche come gli autori del brano citato facciano riferimento alla relazione del Ministro Guardasigilli, nella prima redazione del codice civile, dove si affermava chiaramente la soggezione delle società partecipate dallo Stato alle norme del codice. La funzione di questo richiamo è evidentemente quella di mostrare come la produzione normativa abbia allontanato la disciplina dal modello di riferimento, modello a cui il legislatore odierno ha invece deciso di riavvicinarsi.

⁵⁴ C. EBERLE, cit., p.41. vedi anche i suggerimenti del Consiglio di Stato, che il legislatore non ha accolto, per una disciplina differenziata: comm. Speciale parere 21 aprile 2016, n. 968.

Tanto premesso il testo legislativo prosegue definendo alcuni dei termini contenuti nel testo stesso, dalla definizione di società a controllo pubblico, a cui si applicano la maggior parte delle disposizioni in esso contenute, a quella di società solo partecipate, a cui se ne applicano solo alcune⁵⁵, per poi dare un'espressa definizione anche del difficile argomento del controllo analogo e delle società in house⁵⁶. La previsione di queste definizioni serve a dotare di maggiore chiarezza la materia, necessità espressa dal legislatore delegante⁵⁷.

⁵⁵ Come previsto dall'art 2 nella relazione illustrativa al Testo Unico.

⁵⁶ Si veda l'art 2 D.Lgs. 175/2016 secondo cui: «Ai fini del presente decreto si intendono per: a) «amministrazioni pubbliche»: le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali; b) «controllo»: la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo; c) «controllo analogo»: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante; d) «controllo analogo congiunto»: la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; e) «enti locali»: gli enti di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267; f) «partecipazione»: la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi; g) «partecipazione indiretta»: la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica; h) «servizi di interesse generale»: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale; i) «servizi di interesse economico generale»: i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato; l) «società»: gli organismi di cui al titolo V del libro V del codice civile; m) «società a controllo pubblico»: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b); n) «società a partecipazione pubblica»: le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico; o) «società in house»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto; p) «società quotate»: le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno

Sempre nell'ottica dei principi ispiratori del decreto pare condivisibile la scelta del legislatore⁵⁸ di limitare l'assunzione ed il mantenimento delle partecipazioni ad alcune condizioni espressamente previste dal decreto⁵⁹. Detti limiti hanno una duplice forma, essendo suddivisibili in

emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati; le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche».

⁵⁷B.G. MATTARELLA, *La L. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *giornale di diritto amministrativo*, p. 566, 2017.

⁵⁸ Secondo C. EBERLE, cit.

⁵⁹ Il riferimento è all'art. 4 D.Lgs. 175/2016 nel quale è previsto che: <<1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. 2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016. 3. Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato. 4. Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti. 5. Fatte salve le diverse previsioni di legge regionali adottate nell'esercizio della potestà legislativa in materia di organizzazione amministrativa, è fatto divieto alle società di cui al comma 2, lettera d), controllate da enti locali, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società. Il divieto non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali, salvo il rispetto degli obblighi previsti in materia di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti. 6. E' fatta salva la possibilità di costituire società o enti in attuazione dell'articolo 34 del regolamento (CE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 e dell'articolo 61 del regolamento (CE) n. 508 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio 15 maggio 2014. 7. Sono altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, nonché la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane. 8. E' fatta salva la possibilità di costituire, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari previste dall'articolo 6, comma 9, della legge 30

vincoli di “scopo” e vincoli “di attività”⁶⁰. Ai primi fa riferimento la previsione secondo cui le partecipazioni societarie devono essere <<strettamente necessarie>>⁶¹ ai fini istituzionali dell'ente partecipante. Se il vincolo di “scopo” resta coerente con l'intento di ridurre le partecipazioni societarie. I secondi rendono ancora più evidente l'obiettivo di razionalizzazione prevedendo un limite alle funzioni esercitabili tramite società partecipate predisponendo un elenco tassativo delle attività ad esse consentite.

La configurabilità di questi vincoli ha la peculiarità di limitare non solo le partecipazioni assumibili, ma anche quelle già assunte prevedendo un obbligo di dismissione per tutte quelle partecipazioni che non li rispettano. La previsione normativa analizzata trova attuazione nell'obbligo periodico per le amministrazioni di verificare le partecipazioni detenibili a norma del Testo unico in esame⁶². Tuttavia è

dicembre 2010, n. 240, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca. 9. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolarne la quotazione ai sensi dell'articolo 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti.>>

⁶⁰Come osservato da H. BONURA E G. FONDERICO, op. cit., p.725.

⁶¹ Art 4 c. 1 D.Lgs 175/2016.

⁶² Come previsto dall' art 24 c.1 D.lgs 175/2016 : <<Le partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche alla data di entrata in vigore del presente decreto in società non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'articolo 4, commi 1, 2 e 3, ovvero che non soddisfano i requisiti di cui all'articolo 5, commi 1 e 2, o che ricadono in una delle ipotesi di cui all'articolo 20, comma 2, sono alienate o sono oggetto delle misure di cui all'articolo 20, commi 1 e 2. A tal fine, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ciascuna amministrazione pubblica effettua con provvedimento motivato la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute alla medesima data di entrata in vigore del presente decreto, individuando quelle che devono essere alienate. L'esito della ricognizione, anche in caso negativo, è comunicato con le modalità di cui all'articolo 17 del decreto-legge n. 90 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. Le informazioni sono rese disponibili alla

bene precisare che le norme sulla razionalizzazione ed i limiti da queste imposti alle amministrazioni non impediscono la possibilità di assumere un servizio considerato essenziale, quanto invece l'impedimento risulta volto alla riduzione dell'abuso nel ricorso al modello societario⁶³.

Tanto premesso, per quanto interessa questa sede, è utile una trattazione separata delle norme riguardanti le società partecipate che saranno richiamate più volte nel corso dell'elaborato.

6.1. Le società partecipate alla luce del testo unico

Come è stato precedentemente osservato l'intervento dello stato nell'economia, che ha ingenerato ingenti perdite per le casse delle amministrazioni, ha reso necessario un intervento rivolto a riequilibrare i danni causati dai risultati negativamente emersi a causa dei modelli di gestione precedenti⁶⁴.

La necessità di una gestione economica in chiave aziendalistica⁶⁵, è stata esteriorizzata con le privatizzazioni degli anni novanta ed ha visto il ruolo dello stato mutare da imprenditore a "socio". Inizialmente la privatizzazione ha assunto una veste "formale" con una semplice trasformazione dei precedenti enti pubblici economici in s.p.a., con essa

sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, e alla struttura di cui all'articolo 15.>>

⁶³ M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in Giorn. dir. amministrativo, p. 446, 2017.

⁶⁴ Par. I.

⁶⁵ C. EBERLE, op. cit., p.40.

la necessità di limitare le perdite era stata sostanzialmente aggirata. Mutava la veste giuridica dei soggetti ma non la modalità di gestione dei servizi. Successivamente, sotto le spinte della normativa comunitaria, le cose iniziano a cambiare.

La privatizzazione assume una veste “sostanziale”⁶⁶, con l’apertura ai capitali privati e la possibilità per gli ultimi di poter acquisire quote di maggioranza viene intrapreso un percorso direzionato verso una nuova figura dello Stato che assume il ruolo di “regolatore”⁶⁷.

Con l’intento di implementare e promuovere la concorrenzialità del mercato inizia un percorso di produzione normativa che ha ad oggetto le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni. Mossa dall’intento di contenimento della spesa e di riduzione delle partecipazioni, l’opera dei legislatori giunge invece all’effetto diametralmente opposto di confondere gli operatori del diritto sui regimi ad esse applicabili e manifestazione della sua inadeguatezza sono i principi ispiratori del D.lgs 175/2016 contenuti nell’ art 18 l. 125/2015. La situazione di vero è proprio “caos normativo” ha portato alla necessità più volte affermata di intervenire in una materia a cui il legislatore ha dato enorme importanza⁶⁸.

Il D.lgs 175/2016 recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” ha come scopo la riunione in un unico

⁶⁶ Sui tipi di privatizzazione vd. F. ONIDA, cit., p. 332.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 334 ss.

⁶⁸ Sulla frammentarietà della disciplina, la necessità di intervento del legislatore e gli scopi di riduzione della spesa vd. ex multis G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in Giorn. Dir. Amministrativo, 2017; P. COSMAI e R. IOVINO, cit.; B.G. MATTARELLA, cit.; C. EBERLE, cit.;

disposto normativo della disciplina di riferimento per quelle società che sono caratterizzate dalla presenza, nella compagine societaria, di una pubblica amministrazione⁶⁹. L'impianto precettistico disegnato prevede che la regolamentazione a cui fare riferimento per quanto non espressamente derogato sia quella del codice civile⁷⁰, riportando quindi l'attenzione sul carattere privatistico delle società. Occorre inoltre osservare preliminarmente che il legislatore ha esentato dall'applicazione delle norme del testo unico le società quotate⁷¹, questa scelta è probabilmente avvalorata da molteplici fattori quali la presenza di un organo di vigilanza come la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa(CONSOB) e la soggezione di queste alle norme in materia di intermediazione finanziaria⁷².

Stabilito quale sia il regime a cui fare riferimento negli ambiti non disciplinati dal testo unico in esame, il legislatore si è preoccupato di definire compiutamente i due fenomeni del "controllo" societario, che risulta essere quello previsto dall'art. 2359 c.c.⁷³ ampliato dalla

⁶⁹ Art 1 c.1 D.Lgs. 175/2016

⁷⁰ Art 1 c.3 D.Lgs. 175/2016.

⁷¹ Come previsto dall' art 1 c. 5 D.Lgs. 175/2016 il quale sancisce che: <<Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.>>

⁷² M. CALCAGNILE, op. cit., p.443.

⁷³ <<Sono considerate società controllate:1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (1).Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati>>

previsione che: <<Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo>>⁷⁴, e della semplice “partecipazione”. Il disposto normativo è stato evidenziato per distinguere i due tipi di società poiché in funzione del diverso ruolo del socio pubblico muta la previsione normativa ad esse applicabile⁷⁵.

Il Testo Unico si occupa inoltre di delimitare la possibilità di partecipazione societaria subordinandola prima a dei vincoli derivanti dal “tipo” di società⁷⁶ alle quali una pubblica amministrazione può partecipare ed in seguito a dei vincoli derivanti dallo scopo delle partecipazioni quanto delle attività che queste società possono svolgere⁷⁷.

Altro limite, che evidenziava le conseguenze delle gestioni diseconomiche precedenti, deriva dalla previsione di un onere di <<motivazione analitica>> tanto per la costituzione di società partecipate, quanto per l'assunzione di partecipazioni in società già costituite.

La previsione di un onere di motivazione era corroborato ed avvalorato dall'importanza data dal legislatore alla possibilità di diversa

⁷⁴ Art 2 c.1 lett. b D.Lgs. 175/2016.

⁷⁵ Come evidenziato dalla Relazione illustrativa al Testo Unico.

⁷⁶ L' art 3 c.1 D.Lgs 175/2016 prevede che:<<Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa.>> ammettendo così la possibilità per le amministrazioni di poter partecipare solo a società di capitali.

⁷⁷ Il riferimento è rivolto a quanto previsto dall'art 4 D.Lgs 175/2016.

destinazione delle risorse, previsione successivamente abrogata⁷⁸ probabilmente con l'intento di prevedere l'eventualità di partecipazione societaria delle pubbliche amministrazioni come ipotesi <<possibile e normale>>⁷⁹. Insomma, l'obiettivo è sempre limitare lo spreco di risorse ma non per questo bisogna concepire lo strumento societario come maggiormente dannoso rispetto ad altre destinazioni delle risorse pubbliche tanto da doverne prevedere una motivazione in tal senso⁸⁰!

Come precedentemente osservato, la scelta di assoggettare le società partecipate alla disciplina codicistica comporta che quella del testo unico si configuri come derogatoria rispetto alla prima. Terminate le dovute premesse possiamo accingerci ad analizzare quali siano le

⁷⁸ La corte costituzionale con la sentenza 251/2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune delle deleghe contenute nell'art 18 L. 124/2015 poiché queste erano state conferite in violazione del principio di leale collaborazione. La pronuncia della Corte ha colpito di riflesso il D.Lgs 175/2016 ed ha reso necessario un intervento correttivo del Governo, il quale con il D.Lgs. 100/2017 ha provveduto a sanare i vizi ed ha colto l'occasione per rivedere alcune norme del Testo unico, senza tuttavia stravolgerne la portata.

⁷⁹ G. Caia, op. cit., p.606.

⁸⁰ L' art 5 D.lgs 175 /2016 oggi recita: <<1. A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'[articolo 17](#), o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 da' atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'[articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287](#).4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi>>.

divergenze previste nel Testo unico rispetto alle norme societarie di diritto comune, ricordando preventivamente che le deroghe più ampie sono quelle che riguardano le società “controllate” e non quelle semplicemente partecipate, sottolineando che nelle ultime le norme sono principalmente rivolte al socio più che alla società.

Quanto contenuto nell'art 2449 c.c.⁸¹ che prevede per lo Stato o gli enti pubblici partecipanti ad una società per azioni la possibilità di nominare amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza in numero proporzionale alla partecipazione detenuta, trova oggi un limite per quanto riguarda l'organo di amministrazione⁸² delle società a

⁸¹ <<1 Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. 2 Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.3 I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica. 4 Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'art. 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti>>.

⁸² E' l'art 11 D.Lgs. 175/2016 la sede in cui è disciplinata la materia degli organi di amministrazione e controllo, fatta eccezione per alcune previsioni sparse nel testo, il cui disposto recita: << 1. Salvi gli ulteriori requisiti previsti dallo statuto, i componenti degli organi amministrativi e di controllo di società a controllo pubblico devono possedere i requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 12 del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, e dall'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.2. L'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico.3. L'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo

V del titolo V del libro V del codice civile. La delibera è trasmessa alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'[articolo 5, comma 4](#), e alla struttura di cui all'[articolo 15.4](#). Nella scelta degli amministratori delle società a controllo pubblico, le amministrazioni assicurano il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno. Qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto prevede che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge 12 luglio 2011, n. 120.5. Quando la società a controllo pubblico sia costituita in forma di società a responsabilità limitata, non è consentito, in deroga all'[articolo 2475, terzo comma, del codice civile](#), prevedere che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci.6. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, per le società a controllo pubblico sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società. Per le società controllate dalle regioni o dagli enti locali, il decreto di cui al primo periodo è adottato previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Per ciascuna fascia è determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico. Le stesse società verificano il rispetto del limite massimo del trattamento economico annuo onnicomprensivo dei propri amministratori e dipendenti fissato con il suddetto decreto. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal decreto di cui al presente comma. Il decreto stabilisce altresì i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente. In caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta.7. Fino all'emanazione del decreto di cui al comma 6 restano in vigore le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 4, secondo periodo, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e successive modificazioni, e al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 dicembre 2013, n. 166.8. Gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti. Qualora siano dipendenti della società controllante, in virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al comma 6, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi alla società di appartenenza. Dall'applicazione del presente comma non possono derivare aumenti della spesa complessiva per i compensi degli amministratori.9. Gli statuti delle società a controllo pubblico prevedono altresì: a) l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea; b) l'esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi; c) il divieto di corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività, e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato, ai componenti degli organi sociali; d) il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società.10. E' comunque fatto divieto di corrispondere ai dirigenti delle società a controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ovvero di stipulare patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell'articolo 2125 del codice civile.11. Nelle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione,

controllo pubblico. Di fatto il Testo unico prevede che sia una carica solitamente monocratica, ancora una volta ad evidenziare le necessità di contenimento della spesa⁸³.

La possibilità di derogare a questo modello di amministrazione prevedendo l'attribuzione dell'amministrazione ad un consiglio è subordinata ad una delibera motivata dell'assemblea, la quale può oltretutto scegliere di optare per i modelli di amministrazione e controllo alternativi previsti dal c.c.⁸⁴.

Per quanto riguarda le s.r.l. a controllo pubblico la divergenza rispetto alle previsioni codicistiche riguarda l'impossibilità per i soci di rivestire il ruolo di amministratori, ovviando a quanto previsto dal 3°c. dell'art 2475 c.c.⁸⁵, e l'obbligo di prevedere nell'atto costitutivo o nello

amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.¹² Coloro che hanno un rapporto di lavoro con società a controllo pubblico e che sono al tempo stesso componenti degli organi di amministrazione della società con cui è instaurato il rapporto di lavoro, sono collocati in aspettativa non retribuita e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza, salvo che rinuncino ai compensi dovuti a qualunque titolo agli amministratori.¹³ Le società a controllo pubblico limitano ai casi previsti dalla legge la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta. Per il caso di loro costituzione, non può comunque essere riconosciuta ai componenti di tali comitati alcuna remunerazione complessivamente superiore al 30 per cento del compenso deliberato per la carica di componente dell'organo amministrativo e comunque proporzionata alla qualificazione professionale e all'entità dell'impegno richiesto.¹⁴ Restano ferme le disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi di cui al [decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39](#).¹⁵ Agli organi di amministrazione e controllo delle società in house si applica il decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 1994, n. 444.¹⁶ Nelle società a partecipazione pubblica ma non a controllo pubblico, l'amministrazione pubblica che sia titolare di una partecipazione pubblica superiore al dieci per cento del capitale propone agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle di cui ai commi 6 e 10.

⁸³ C. EBERLE, op. cit., p. 60.

⁸⁴ Sui modelli di amministrazione e controllo vd. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, p. 353 ss., Torino, 2015.

⁸⁵ L'art 2475 c.c. prevede che: <<1. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479. 2.All'atto di nomina degli amministratori si applicano il quarto e quinto comma dell'articolo 2383. 3.Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste

statuto la presenza di un revisore o di un organo di controllo⁸⁶. Nelle società per azioni invece la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale a differenza di quanto previsto dall' art 2409-bis c.c.⁸⁷.

Per completezza è bene evidenziare brevemente le ulteriori previsioni riguardanti la *governance* che differenziano le società a controllo pubblico dalla disciplina del codice civile, sono quelle riguardanti l'incompatibilità tra incarichi nelle amministrazioni controllanti e l'incarico di amministratore nella società, le disposizioni che prevedono un limite al compenso degli organi, la previsione di un obbligo a carico delle amministrazioni di rispettare nelle società da esse controllate l'equilibrio di genere nella scelta degli amministratori nonché la previsione statutaria di alcuni limiti riguardanti le deleghe conferibili, il ruolo del vicepresidente, il divieto di prevedere trattamenti economici ulteriori per gli organi sociali nonché l'impossibilità di costituire organi sociali diversi da quelli previsti dalle norme generali sulle società,

costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell'ultimo comma del presente articolo, che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente; in tali casi si applicano, rispettivamente, gli articoli 2257 e 2258. 4. Qualora sia costituito un consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In tal caso dai documenti sottoscritti dagli amministratori devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa. 5. La redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo.

⁸⁶ La previsione è contenuta nell'art 3 c. 2 il quale prevede che: <<Nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore. Nelle società per azioni a controllo pubblico la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale.>>

⁸⁷ Secondo cui: <<1 La revisione legale dei conti sulla società è esercitata da un revisore legale dei conti o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro. 2 Lo statuto delle società che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato può prevedere che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale. In tal caso il collegio sindacale è costituito da revisori legali iscritti nell'apposito registro>>.

l'ultima previsione viene poi mitigata dalla possibilità che le società costituiscano comitati con funzioni consultive quando espressamente previsto dalla legge (anche qui con dei limiti sui compensi ad essi conferibili).

Stabilita la composizione degli organi sociali è bene sottolineare che il testo normativo prevede appositi requisiti di onorabilità, autonomia e professionalità per gli organi di amministrazione e controllo che saranno delineati secondo un apposito Decreto del presidente del Consiglio dei ministri, questa previsione che costituisce anche l'incipit dell'art 11 D.Lgs 175/2016 serve ad evidenziare il ruolo affidato dal legislatore all'importanza di prevenzione della corruzione che tanto è dilagata nelle pubbliche amministrazioni⁸⁸. Il principio ispiratore del contenimento della spesa trova affermazione anche nelle società solo partecipate dalle amministrazioni, è previsto infatti che le amministrazioni che detengano una partecipazione superiore al dieci per cento del capitale sociale debbano proporre agli organi societari un adeguamento rispetto alla disciplina dei compensi prevista per gli amministratori delle società controllate.

Le disposizioni del D.Lgs 175/2016 fin qui analizzate contengono le disposizioni riguardanti la definizione di società partecipata e controllata, le forme in cui sono ammesse le partecipazioni delle amministrazioni, le attività ad essa consentite con i relativi limiti, la disciplina generale di riferimento e quella specifica ad esse applicabile sulla *governance* societaria.

⁸⁸ P. COSMAI E R. IOVINO, op. cit., p. 84 ss..

Per completare il quadro dei soggetti a cui riferirci nel prosieguo dell'opera diventa però necessaria in ultima battuta un'analisi del fenomeno delle società in house come descritta e regolata dal Testo unico in esame, le disposizioni ad esse dedicate ne rendono necessaria una trattazione separata per i motivi che saranno chiariti di seguito in virtù delle specifiche norme ad esse dedicate.

In conclusione ciò che emerge dalle disposizioni fin qui esaminate è una manifestazione del volto che il Legislatore ha inteso dare alle società partecipate ed in particolar modo a quella forma di partecipazione che determina una situazione di controllo da parte delle pubbliche amministrazioni⁸⁹.

Lo schema disegnato dal legislatore prevede un impianto normativo che poggia le sue basi sulle norme di diritto privato, con alcune deroghe spinte dalla necessità di coordinamento della disciplina codicistica con le esigenze pubbliche sottese alla partecipazione delle amministrazioni a dette società. La scelta del modello privatistico comporta la necessità di coordinamento con i principi più volte affermati contenuti nella legge di delega. Il legislatore delegato ha inteso recepire questi principi prevedendo un limite all'autonomia statutaria che nel Codice civile viene conferita ai soci. Tramite la previsione di questi limiti si persegue lo spasmodico intento di limitare gli sprechi di risorse pubbliche in vista di una gestione mirata ad una maggiore economicità.

⁸⁹ Per ovvie ragioni di economia nel presente lavoro non si sono potuti analizzare compiutamente tutti gli aspetti del D.Lgs 175/2016 per un'analisi compiuta di questo si rinvia a quanto osservato da V. DONATIVI, cit.; P. COSMAI E R. IOVINO, CIT; A F. CERIONI, *Le società pubbliche nel Testo Unico: D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017.

Le norme fin qui analizzate consentono una prima analisi delle società partecipate dal punto di vista strutturale, sono state volutamente omesse le norme riguardanti i ruoli della *governance* societaria nella prevenzione della crisi, il regime di responsabilità che li riguarda nei casi di mala gestione o di danno erariale e la soggezione delle società partecipate alle norme sulla crisi d'impresa⁹⁰.

Il motivo di questa scelta è stata la predilezione per un approccio che consenta in primis un inquadramento dal punto di vista soggettivo dell'argomento trattato. Partendo dall'analisi storica e normativa delle società partecipate e dell'*in house* si è cercato di evidenziare la chiarezza di cui l'argomento necessitava, per poi proseguire, nei paragrafi e capitoli seguenti, con un'analisi della disciplina più specifica cercando di enucleare quanto più completamente possibile un lavoro che fotografi il fenomeno delle partecipate per poi circostanziarlo nelle norme ad esso riferite sulla crisi e valutarne la possibile intersezione con il disposto del R.D. 267/1942.

6.2 Cenni Alle Società In House Nel D.Lgs. 175/2016

Il fenomeno dell'affidamento in house ha le sue radici nell'ordinamento comunitario che ne ha determinato la nascita, lasciando alla successiva opera della Corte e del Legislatore il compito di specificarne i requisiti.

⁹⁰ Che saranno analizzati compiutamente nei capitoli successivi per coerenza con gli argomenti in essi trattati.

Poiché è nell'ambito comunitario che l'affidamento diretto ha trovato una giustificazione ed una regolazione, con la possibilità di derogare alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica, l'ordinamento nazionale si è conformato ad esso.

L'opera delle corti e del legislatore italiano si è sostanziata perlopiù in una riproposizione interna dei principi di derivazione europea.

Questo processo di adeguamento è culminato con il recepimento delle direttive 23,24 e 25/2014/UE che hanno previsto un armonizzazione del fenomeno dell'affidamento in house positivizzato nel D.Lgs. 175/2016⁹¹ e nel Codice degli appalti (D.Lgs 50/2016)⁹² che

⁹¹ All'art 16 è previsto che: << 1. Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata. 2. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1: a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile; c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile. 3. Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. 3-bis. La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. 4. Il mancato rispetto del limite quantitativo di cui al comma 3 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del presente decreto. 5. Nel caso di cui al comma 4, la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata. 6. Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti, di cui al comma 5, la società può continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo. 7. Le società

di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli [articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016](#)>>.

⁹² Dove l'art 5 D.Lgs. 50/2016 sancisce l'esclusione dall'applicabilità delle norme in esso contenute prevedendo che: <<1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.3. Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto.5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.8. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona

contengono oggi le disposizioni di riferimento per la definizione di società *in house*.

La nascita del fenomeno, già dalla prima giurisprudenza post teckal, ha reso necessarie ulteriori specificazioni ed affinamento dei principi in essa contenuti per addivenire alle elaborazioni di cui è frutto la disciplina odierna.

Se risulta chiara la previsione del nuovo disposto normativo di applicare alle società a partecipazione pubblica le norme di diritto privato, altrettanto chiara non è stata la sua previsione per le norme che si riferiscono alle società *in house*, dimostrando talvolta una propensione per una soggezione alle norme sulle società partecipate, altre volte per una ricomprensione del fenomeno come un nuovo *genus* societario ampiamente derogatorio rispetto alle norme riferite alle società che presentano nella compagine societaria una pubblica amministrazione⁹³.

Il fenomeno dell'affidamento diretto ha poggato le proprie basi sui requisiti del “controllo analogo” a quello esercitato da un'amministrazione sui propri servizi⁹⁴, sulla soglia superiore all'80% di attività che la società deve svolgere in favore dell'ente partecipante e

giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.⁹ Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica>>.

⁹³ L. D'ORAZIO E L. MONTEFERRANTE, cit, p 30 ss.

⁹⁴ C. di Giust., 18 novembre 1999, C-107/98.

sull'assenza di partecipazione di capitali privati ad eccezione di quelli ammessi da disposizioni legislative che non comportino controllo, potere di veto o un'influenza determinante sulla società. Tutti i sono disciplinati e regolati dal testo in esame e dal codice dei contratti pubblici⁹⁵.

Prima dell'intervento del legislatore sono stati sollevati dubbi circa l'idoneità degli strumenti giuridici del diritto commerciale nel consentire alle amministrazioni di esercitare quel "controllo analogo" che differisce dalla nozione ex art. 2359 del codice civile⁹⁶.

Il difficile inquadramento del controllo analogo all'interno delle norme societarie di diritto comune è stato risolto con la previsione all'interno del Testo unico della possibilità di derogare alle norme che prevedono nella s.p.a. l'affidamento della gestione agli amministratori⁹⁷ ed anche al consiglio di gestione del sistema dualistico. Nelle s.r.l. i dubbi sono stati risolti con un richiamo ai diritti particolari dei soci previsti dal terzo comma dell'art 2468⁹⁸, utilizzabili per perseguire il controllo analogo.

⁹⁵ Tanto da far sorgere il legittimo dubbio sull'utilità di questa scelta, si veda a riguardo A. Maltoni, *le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017; dove l'autore evidenzia i dubbi riguardanti questa scelta di riproposizione nel Testo Unico di una fattispecie già regolata dal D.Lgs 50/2016 in recepimento delle direttive comunitarie.

⁹⁶ Vd. E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd in house. Spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in) compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. comm.*, p. 236 ss, 2015.

⁹⁷ L'art 2380-bis prevede che : <<1 La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.2 L'amministrazione della società a

⁹⁸ L'art 2468 prevede che: <<1. Le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari.2. Salvo quanto disposto dal terzo comma del presente articolo, i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento.3. Resta salva la

La previsione desta non pochi dubbi ed incertezze, siffatta precisazione avrebbe potuto essere omessa se il richiamo fosse semplicemente alle norme del codice, così come di difficile inquadramento risulta essere la scelta di riproporre una norma già prevista nel codice civile a cui il sistema delle società partecipate (in cui ovviamente sono ricomprese le società in house) dovrebbe fare riferimento⁹⁹.

La dottrina precedente al decreto in esame aveva inoltre affermato la possibilità o meglio la necessità che il controllo richiesto per configurabilità di un affidamento in house fosse raggiunto tramite i patti parasociali¹⁰⁰.

Il parere della dottrina è stato recepito dalla ulteriore previsione riguardante entrambe le forme societarie, è ora normativamente previsto che il controllo analogo venga raggiunto tramite lo strumento dei patti parasociali¹⁰¹, sancendo inoltre la possibilità che questi

possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili.4. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo e salvo in ogni caso quanto previsto dal primo comma dell'articolo 2473, i diritti previsti dal precedente comma possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci.4. Nel caso di comproprietà di una partecipazione, i diritti dei comproprietari devono essere esercitati da un rappresentante comune nominato secondo le modalità previste dagli articoli 1105 e 1106.>>

⁹⁹Si veda V. Donativi, cit, p. 1073 ss., dove l'autore evidenzia i contrasti tra la volontà del legislatore di fare riferimento al codice civile e le norme che invece allontanano il modello societario in house tanto dalle società di diritto comune quanto da quelle partecipate.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Disciplinati dall'art 2341-bis il quale prevede che: <<1. I patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società: a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano; c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società, non possono avere durata superiore a cinque anni e si intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza. 2.Qualora il patto non preveda un termine di durata, ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di centottanta giorni. 3.Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo.>>

possano avere una durata superiore a quella a quella quinquennale legalmente ammessa dal codice.

E' doveroso inoltre precisare che, sebbene sia prevista l'idoneità dei patti parasociali al perseguimento del controllo, questi conservano la propria natura obbligatoria di fonte privatistica, sarà quindi compito dei giudici verificare caso per caso la loro idoneità a garantire questa forma di controllo¹⁰².

Per quello che riguarda la maggior parte dell'attività da svolgere nei confronti delle amministrazioni partecipanti, il criterio è stato elaborato in maniera alquanto vaga dalla giurisprudenza europea. Inizialmente il criterio era subordinato al rispetto di limiti quantitativi ed anche qualitativi riferiti alle attività che il beneficiario svolgeva nei confronti di altri soggetti, il successivo intervento del legislatore europeo ha circoscritto il fenomeno al rispetto dei soli limiti quantitativi¹⁰³.

Il legislatore nazionale sembra invece aver mantenuto un criterio qualitativo prevedendo che l'ulteriore attività svolta sia consentita in subordine all'ottenimento di particolari economie di scala o comunque di attività subordinate a quella principale.

Il profilo quantitativo resta invece quello prevalente, l'80% del fatturato derivante dall'attività svolta nei confronti dell'amministrazione controllante resta principio indefettibile al venir

¹⁰² Vd. A. MALTONI, *le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017.

¹⁰³ Vd. R. RUSSO, *L'immediata applicabilità dell'in house?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 115 s; che sottolinea come sia stato preso in considerazione il profilo quantitativo dal legislatore europeo.

meno del quale sorge un obbligo a carico del beneficiario dell'affidamento di cessare il rapporto con l'amministrazione, che dovrà provvedere ad un nuovo affidamento, o di cessare le attività svolte nei confronti di altri soggetti in modo da ripristinare il rispetto della percentuale richiesta.

Osservare come il perdurare della mancata ottemperanza al rispetto di detti requisiti possa costituire grave irregolarità da parte degli amministratori ai sensi dell'art 2409 c.c., mostra come sia ulteriormente possibile ritenere dubbia l'opera del legislatore nei confronti delle società in house che continuano a mostrare ulteriori caratteristiche tali da rendere quanto meno plausibile un loro possibile inquadramento quali soggetti differenziati rispetto alle norme che si riferiscono *sic et simpliciter* alle società partecipate¹⁰⁴.

E' stato risolto infine il dibattito sulla possibilità di configurazione del controllo analogo in presenza di capitali privati. La giurisprudenza precedente¹⁰⁵ aveva osservato che la necessità di considerare la società in house come un apparato interno dell'amministrazione tanto da costituirne una *longa manus* fosse inevitabilmente compromessa dalla presenza di soggetti privati, che per loro natura perseguono logiche ed interessi diversi da quelli dei soggetti pubblici¹⁰⁶.

¹⁰⁴ VD L. D'ORAZIO E L. MONTEFERRANTE, cit., p 35 ss.; l'opera evidenzia la contraddizione insita nel prevedere una disciplina come quella dell'art 2409 che sarebbe già di per sé applicabile alle società partecipate di cui l'in house costituisce un'indubbia manifestazione.

¹⁰⁵ Vd. Cons. Stato, sez. V, 11/09/2015, n. 4253.

¹⁰⁶ La configurabilità del controllo analogo secondo la giurisprudenza richiedeva la chiusura anche in futuro alla possibilità di partecipazione di capitali privati, per cui si veda Cons. Stato, sez. VI, 17/01/2014, n. 221.

Il disposto normativo ha invece ammesso la presenza di capitali privati, ritenendo che la partecipazione alla società non costituisca di per sé un limite alla configurabilità del controllo analogo. La possibilità è stata circoscritta alla presenza di requisiti formali, ovvero la previsione legislativa che consenta la partecipazione, e sostanziali, data dall'assenza di potere di controllo, di veto o di influenza determinante sulla società.

In conclusione, il fenomeno in house dalla sentenza *teckal* alla previsione legislativa del Testo Unico ha mutato, affinato e specificato i suoi principi.

Oggi la società in house si presenta a tutti gli effetti come una società partecipata¹⁰⁷, nonostante le deroghe al diritto delle società ed alle norme riguardanti le società partecipate che costituiscono soltanto una forma di adeguamento ai requisiti espressamente previsti dai principi comunitari, per poter configurare quelle caratteristiche che rendono le società in esame meritevoli di essere esentate dalle procedure ad evidenza pubblica.

¹⁰⁷ Come osservato dalla Cass., SS.UU., 01/12/2016, n. 24591.

Capitolo II

IL COMPLESSO DIBATTITO SULLA FALLIBILITA' DELLE SOCIETA' PARTECIPATE

1. PREMESSA

L'intervento dello Stato nell'economia nella forma delle società di capitali, che ha avuto nel sostegno alle attività economiche e nell'erogazione di servizi necessari alla collettività, anche se scarsamente remunerativi, i suoi motivi fondanti, ha dimostrato negli anni la sua fragilità.

Tanto l'abuso del ricorso al modello societario, quanto le gestioni diseconomiche hanno reso difficile la sostenibilità di questo sistema¹⁰⁸.

La forma societaria partecipata dalle amministrazioni pubbliche, intrapresa con intenti ottimistici, è diventata un'*escamotage* per ovviare alle procedure ad evidenza pubblica, fonte di malaffare e scambi di favoritismi politici.

Negli ultimi anni si è assistito alla proliferazione di enti societari destinatari di affidamenti diretti. Gli intenti formalmente rivolti all'aziendalizzazione e ad una privatizzazione effettiva, sono praticamente risultati un utile strumento per aggirare i vincoli di

¹⁰⁸ P. COSMAI-R. IOVINO, cit.

bilancio e patti di stabilità cui le pubbliche amministrazioni sono vincolate¹⁰⁹.

Quando si è palesata l'impossibilità di ricapitalizzazione perpetua di società costantemente in perdita, si è arrivati ad affermare l'impossibilità di applicare alla fattispecie di cui trattasi gli effetti negativi derivanti dal modello prescelto (quali la soggezione alle procedure concorsuali), sottacendo indirettamente che questi potessero beneficiare soltanto degli effetti positivi che la scelta comportava¹¹⁰.

I risvolti negativi di questo sistema, messi in evidenza anche dalla crisi economica degli ultimi anni, hanno fatto emergere l'impossibilità di sostenere un tale spreco delle risorse pubbliche¹¹¹.

L'intento evasivo ha comportato il proliferare di teorie dottrinarie e pronunce giurisprudenziali contrastanti tra loro.

Prima dell'intervento normativo del Testo unico gli orientamenti prevalenti si sostanziano in tre approcci differenti sul tema della fallibilità delle società partecipate¹¹².

Un primo approccio, quello cd. tradizionale, è stato caratterizzato dalla propensione per una totale soggezione delle società allo statuto dell'imprenditore commerciale. I sostenitori di questa tesi, come si dirà, hanno basato la propria concezione sulla natura privatistica del modello

¹⁰⁹ F. FIMMANO', *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del testo unico*, in *Il fallimento*, 2017.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ S. DI FALCO, *La Cassazione: sì al fallimento delle partecipate*, in *Azienditalia*, cit., p.435, 2017.

¹¹² Analizzate dettagliatamente da L. D' ORAZIO-L. MONTEFERRANTE, cit.

prescelto, con la convinzione che questa subordinasse gli aderenti agli impliciti risvolti negativi che ne possano derivare (come ad es. il fallimento!).

Un diverso orientamento è sostenuto da quanti, sull'onda di un approccio definito "tipologico", hanno ritenuto che, per poter asserire la fallibilità di una società partecipata, si dovesse indagare la natura della stessa. Affermando il suo possibile inquadramento talora tra i soggetti di diritto pubblico talaltra tra i soggetti di diritto privato.

I sostenitori di questo approccio hanno predicato un metodo sostanziale, affermando la necessità che l'analisi non si fermi alla forma giuridica prescelta, pubblica o privata che sia, quanto che si indaghi la natura sostanziale dell'ente in virtù delle caratteristiche e delle forme di controllo che possano permettere di qualificare un soggetto di diritto privato come ente sostanzialmente pubblico.

In fine merita di essere evidenziato un approccio cd. "funzionale", secondo i sostenitori di questa teoria le società partecipate sarebbero esentate dall'applicazione delle norme fallimentari come conseguenza della rilevanza del servizio svolto. I sostenitori del metodo funzionale evidenziano le criticità insormontabili che deriverebbero dalla soggezione delle società alla disciplina liquidatoria osservandone gli ulteriori risvolti negativi per l'intera collettività¹¹³.

¹¹³ Ripercorre gli orientamenti che hanno caratterizzato il dibattito sulle partecipate L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in www.ilfallimentarista.it, 2013.

E' questo il quadro in cui si colloca come dirimente l'intervento del legislatore delegato che, con il Testo Unico del 2016, si è espresso in favore della fallibilità di determinati soggetti. Ponendo un argine ai precedenti dibattiti, consapevole dei risvolti che questo intervento avrebbe avuto.

L'intercessione legislativa ha avuto un effetto importante in ambito concorrenziale, dove si è restituita la soggezione delle partecipate alle logiche del mercato, ed in ambito sociale con tutti i risvolti che, per l'erogazione di un pubblico servizio, può comportare¹¹⁴.

Sarà necessaria, un'analisi dei differenti approcci che hanno preceduto l'intervento del legislatore per comprendere quali siano le innovazioni da questi apportate e in cosa consistano i nuovi sbocchi del dibattito che hanno incentrato l'attenzione sul fenomeno della prevenzione della crisi piuttosto che sulla gestione dello stato di insolvenza.

2. LE SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO CON SOCIO PUBBLICO, UNA VEXATA QUAESTIO: FALLIBILITÀ OD ESENZIONE?

Dopo aver osservato i tratti caratteristici per un inquadramento soggettivo degli enti societari partecipati da pubbliche amministrazioni¹¹⁵, è possibile analizzare i risvolti che la presenza di un

¹¹⁴ S. DI FALCO, cit.

¹¹⁵ Per cui si veda il cap I.

soggetto di diritto pubblico in una società di diritto privato ha portato con sé in ambito fallimentare.

Il fenomeno delle partecipazioni pubbliche in società di capitali è uno dei mezzi di cui le amministrazioni si sono servite, in modo sempre più ampio dalle privatizzazioni degli anni novanta, per conciliare la necessità di erogazione dei servizi di rilevanza pubblica con la maggiore economicità e snellezza di forme che gli enti di diritto comune consentono (o consentirebbero!).

In un primo momento risultava più semplice la possibilità di tracciare una linea di confine tra l'agire pubblico e l'agire privato, successivamente la linea di demarcazione è diventata sempre più labile tanto a causa della progressiva tendenza nell'affidare compiti e finalità tipici dell'agire amministrativo a forme di gestione privatistiche quanto per la progressiva propensione all'affidamento di compiti tipici della gestione amministrativa a soggetti privati¹¹⁶.

Per un tempo relativamente lungo la posizione dei giudici di legittimità sul punto è stata legata in maniera univoca alla soggezione delle società

¹¹⁶ A sostegno di cui si veda l'affermazione contenuta in Cass. Ss. Uu., 19 dicembre 2009, n. 26806 in cui si afferma: << In passato i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti, al pari di quella del giudice amministrativo, erano però (relativamente) più agevoli da tracciare: la più netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato, la normale corrispondenza tra la natura pubblica dell'attività svolta dall'agente ed il suo organico inserimento nei ranghi della pubblica amministrazione, la conseguente più agevole demarcazione di confini tra l'agire dell'amministrazione in forza della potestà pubblica ad essa spettante e per le finalità tipicamente a questa connesse ed il suo agire invece *iure privatorum*: erano tutti elementi che facilitavano anche l'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione in esame. La più recente evoluzione dell'ordinamento ha reso ora questi confini assai meno chiari, da un lato incanalando sovente le finalità della pubblica amministrazione in ambiti tipicamente privatistici, dall'altro affidando con maggiore frequenza a soggetti privati la realizzazione di finalità una volta ritenute di pertinenza esclusiva degli organi pubblici>>.

partecipate alla disciplina privatistica, in quanto, si conveniva, che la scelta del modello societario ne comportasse la loro qualificazione come soggetti di diritto privato¹¹⁷.

Le affermazioni dei giudici di legittimità, che nel precedente del 1979 trovano una pronuncia isolata quanto autorevole¹¹⁸, sono state messe in discussione dall'evoluzione che il fenomeno ha subito.

Venne abbandonata la concezione funzionale dell'amministrazione in favore della predilezione per le forme di gestione a carattere privatistico, con la convinzione che gli strumenti di diritto comune fossero più adeguati per un migliore rendimento dei servizi da erogare, concezione legata anche alla fiducia nella capacità del mercato di stimolo alla concorrenza. Quest'ordine di concezioni diede vita a dei fenomeni societari caratterizzati da particolare potere di influenza delle pubbliche amministrazioni che se ne servivano tanto per la gestione di strutture di proprietà pubblica quanto per l'erogazione di servizi di interesse generale¹¹⁹.

La presenza di una pubblica amministrazione nella compagine societaria ha generato non pochi dubbi e difficoltà nell'inquadramento del rapporto tra l'ente societario e l'amministrazione di riferimento soprattutto, ma non solo, nei riguardi del fenomeno *in house*, dove lo stretto legame della società con l'ente partecipante ha portato taluni a

¹¹⁷ In questo senso vd. Cass. 10 gennaio 1979, n. 158.

¹¹⁸ G. CARMELLINO, *Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali*, cit., p. 361 ss., in *Il fallimento*, 2015.

¹¹⁹ *Ibidem*.

ricondurre la fattispecie nell'alveo dell'ente pubblico con corrispondente esenzione dalla soggezione al fallimento¹²⁰.

Il “mostro giuridico”¹²¹ creato dalla giurisprudenza europea è stato recepito nel nostro ordinamento senza che venisse creata una forma societaria ad hoc, questo fenomeno, con i tratti che lo contraddistinguono, è stato fonte di un acceso dibattito.

La possibilità di un affidamento *in house*, come già in precedenza evidenziato¹²², ricorre in presenza di alcune caratteristiche che permettono l'inquadramento della società come *longa manus*¹²³ dell'amministrazione. La vicinanza con l'ente evidenziata ed amplificata dalla necessità che questi eserciti sulla società un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi ha portato all'affermazione, che invero non trova riscontri nel diritto positivo, secondo cui questo tipo di società fossero esentate dai risvolti negativi dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, beneficiando soltanto della snellezza di forme delle società di capitali.

Tutto quanto osservato in precedenza è stato affermato dimenticando di rilevare che per l'ordinamento il fenomeno societario a partecipazione pubblica continua ad essere considerato un imprenditore commerciale,

¹²⁰ F. FIMMANO', *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Il fallimento*, cit., p. 175, 2017.

¹²¹ *Ibidem*

¹²² Sui tratti caratteristici dell'*in house* positivizzati nell'art 16 D.Lgs. 175/2016 vd. cap I, par 6.2

¹²³ D. DI RUSSO, *Crisi d'impresa e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Azienditalia*, cit., p. 927, 2017.

pertanto resta sottoposto ad i relativi rischi quali la soggezione alle procedure concorsuali¹²⁴.

Non è stato solo il fenomeno *in house* a generare dubbi e contrasti, anche le società partecipate che non fossero soggette ad un controllo analogo hanno incontrato difficoltà interpretative nell'assoggettabilità alle norme sulle procedure concorsuali in presenza di alcuni indici rilevatori di una loro natura pubblica piuttosto che privata.

L'applicabilità a questi soggetti delle norme contenute nel R.D. 267/1942 non è stata esente da incertezze prima dell'emanazione del Testo Unico del 2016 che si è insediata come normativa dirimente in un quadro giurisprudenziale e dottrinale frastagliato ed incerto¹²⁵.

A fronte della richiesta di dichiarazione dello stato di insolvenza l'autorità giudiziaria adita, prima dell'emanazione del Testo Unico, ha sempre indagato sulla natura soggettiva dell'ente societario. Ai fini dell'applicabilità delle norme sulle procedure concorsuali quello che rilevava era la natura del soggetto, di diritto pubblico o privato che fosse¹²⁶!

Da una parte prevaleva la predilezione per una piena assoggettabilità delle società partecipate alle norme del diritto privato¹²⁷. Veniva

¹²⁴ F. FIMMANO', *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Il fallimento*, cit., p. 176, 2017.

¹²⁵ Su cui vd. C. EBERLE, op cit, p. 83 ss.; L. D'ORAZIO e L. MONTEFERRANTE, cit.

¹²⁶ F. FIMMANO', *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., p. 111, Milano, 2011.

¹²⁷ Ad avvalorare questo approccio interpretativo la Suprema Corte nella sent. del 6/12/2012, n. 21991 ha rilevato che: <<Una società il cui statuto non evidenzia poteri speciali di influenza ed ingerenza ulteriori rispetto agli strumenti previsti dal diritto societario, dell'azionista pubblico ed il cui oggetto sociale non contempla attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo invece attività di impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato,

osservato a sostegno di questa tesi che la scelta di un modello societario di tipo privatistico comportasse la sua piena soggezione alle norme che detta scelta comporta, ne sarebbero altrimenti penalizzate la tutela della concorrenza ed il legittimo affidamento dei terzi¹²⁸.

I sostenitori di questo approccio, definito “panprivatistico”¹²⁹, affermano che l’iscrizione di una società partecipata nel registro delle imprese comporti la sua totale soggezione alle norme concorsuali in caso di crisi od insolvenza.

Di fatto, l’iscrizione nel registro delle imprese ha assunto sempre maggiore rilevanza per la funzione di pubblicità da questa svolta nei traffici commerciali. I fautori dell’approccio in esame hanno osservato la funzione dell’iscrizione ai fini della dichiarazione di fallimento come stabilito dall’articolo 10 R.D. 267/1942¹³⁰, muovendo dalla disposizione dell’articolo in esame si è giunti a sostenere che coloro i quali vengano in contatto con una società, anche in house, iscritta nel registro fanno affidamento sulla possibilità di soddisfazione concorsuale in caso di insolvenza, se così non fosse il legittimo affidamento dei terzi ne resterebbe irrimediabilmente leso¹³¹.

non perde la propria qualità di soggetto privato- e, quindi ove ne sussistono i presupposti, di imprenditori commerciale fallibile, per il fatto che essa partecipata da un comune svolga anche funzioni amministrative e fiscali di competenza di quest’ultimo>>.

¹²⁸ D. RUSSO, op. cit, p.926 ss.

¹²⁹ L. D’ORAZIO- L. MONTEFERRANTE, cit.

¹³⁰ Questo recita: <<1. Gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l’insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l’anno successivo. 2. In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà’ per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare il momento dell’effettiva cessazione dell’attività da cui decorre il termine del primo comma.>>

¹³¹ L. D’ORAZIO- L. MONTEFERRANTE, cit.

Da altra parte permaneva la convinzione che la soggezione alle norme fallimentari dovesse essere valutata sulla base di alcuni presupposti che rendessero inquadrabile il soggetto societario in ente pubblico.

La propensione per l'adesione a questa teoria era subordinata ad una concezione di tipo sostanzialistico che rendeva qualificabile un soggetto come pubblico, non in virtù della forma prescelta, ma in subordine alla presenza di alcuni requisiti¹³².

Le caratteristiche necessarie per un inquadramento delle società in enti sostanzialmente pubblici sono state rinvenute in una ridotta libertà di gestione degli amministratori derivanti dalle previsioni dello statuto, nella necessità che il capitale risulti totalmente o maggiormente pubblico, il potere di nomina degli organi amministrativi da parte delle amministrazioni pubbliche, la provenienza pubblica delle risorse finanziarie per il raggiungimento di fini volti al benessere sociale della collettività in generale.¹³³

¹³² L. PANZANI, cit.

¹³³ In questo senso il trib. di S. Maria Capua Vetere nella sent. del 24/05/2011 afferma che:<< Questo tribunale. Nelle proprie precedenti pronunzie, ha, pertanto, sottolineato come i concreti elementi di valutazione ai fini di qualificazione di un ente come soggetto giuridico di diritto pubblico, sottratto alla declaratoria di fallimento, ovvero di diritto privato attengano prevalentemente all'analisi dell'aspetto gestionale nonché dell'attività dell'ente, piuttosto che all'aspetto formale della titolarità delle relative partecipazioni azionarie. In sintesi, richiamandosi affermazioni della Corte di legittimità, se l'ente partecipato dalla mano pubblica si avvale degli strumenti previsti dal diritto privato societario esso non può che essere ritenuto soggetto di natura privata (c.f.r. Sez. U, Ordinanza n. 17287 del 31/07/2006 cit.). In altre parole, le forme privatistiche di esercizio di impresa commerciale possono comportare eventuali questioni di riqualificazione in termini di soggetto pubblico in capo all'ente partecipato da enti pubblici solo qualora l'aspetto gestionale e di attività della società risultassero completamente avulsi dalle regole e schemi del diritto commerciale, così da rappresentare la società un mero organo, articolazione che si immedesima nel soggetto pubblico che la partecipa>>.

Quelli evidenziati sono considerati indici rilevatori per la qualifica di natura sostanzialmente pubblica del soggetto privato in forma societaria e, come tale, per la sua esclusione dalla fallibilità.

Al contrario una società il cui statuto non evidenzi particolari poteri di ingerenza dell'organo pubblico, la cui attività non preveda lo svolgimento di un servizio di pubblica rilevanza come caratteristica prevalente, non perde la natura di soggetto privato, risultando quindi a tutti gli effetti un imprenditore commerciale, che, come tale, risulta fallibile in caso di insolvenza.

Per i sostenitori del metodo "tipologico", se la società non opera in un regime concorrenziale e se non soddisfa interessi che hanno natura commerciale, questa non può essere considerata un imprenditore commerciale e sarà quindi esente dalle corrispondenti norme fallimentari¹³⁴.

¹³⁴ Come rilevato dal Trib. di Avezzano, 26/07/2013 secondo cui: << Tuttavia, al fine di sgomberare il campo dell'analisi da qualsiasi possibilità di fraintendimenti, deve sin d'ora precisarsi che l'approccio da dover adottare nella fattispecie non involge la questione giuridica - come detto, più propriamente appartenente al diritto amministrativo - dell'astratta qualificabilità di un soggetto formalmente riconducibile ad un tipo contrattuale privatistico (id est, società per azioni) come ente sostanzialmente pubblico — ambito rispetto al quale effettivamente si pone l'annosa questione, tanto discussa dagli studiosi del diritto amministrativo, della cd, riserva di legge: dei cc. d.d. organismi di diritto pubblico; della nozione ad assetto variabile di pubblica amministrazione in senso comunitario, la quale viene influenzata dalle singole normative di settore (si pensi, a titolo di esempio, alla disciplina della evidenza pubblica negli appalti; a quella del pubblico impiego: alla nozione di pubblico ufficiale) — quanto piuttosto quella, strettamente appartenente al diritto fallimentare, involgente la circostanza che un soggetto formalmente privato possa, solo per questo, ritenersi impresa commerciale. Si vuole cioè affermare che gli elementi sintomatici in base a quali può riconoscersi natura di "istituzione pubblica" in senso sostanziale ad un soggetto possono assumere autonoma rilevanza nel diritto fallimentare: gli stessi infatti assumono significato non solo relativamente alla individuazione - totalmente estranea al presente procedimento — di un soggetto come pubblico o privato, ma anche al fine di stabilire se quest'ultimo possa definirsi, ancor prima, come "impresa commerciale" secondo il diritto fallimentare>>.

Un ulteriore approccio era quello riguardante la possibilità di assoggettare le società partecipate alla disciplina fallimentare in alcuni casi ed esentarle in altri, questo verteva sulla qualificabilità del servizio dalla stessa svolto come “essenziale”.

Il criterio cd. “funzionale”¹³⁵ non presupponeva come intento una pretesa qualificativa della società, quanto la possibilità di indagare la disciplina ad essa applicabile, privatistica o pubblicistica, con la conseguente possibilità di essere assoggettata all’una od all’altra in subordine all’attività svolta¹³⁶.

A suffragare questa teoria sarebbero le conseguenze stesse della dichiarazione di fallimento, come osservato dai fautori di questo orientamento l’art 42 l. fall.¹³⁷, che prevede lo spossessamento del

¹³⁵ S. SCREPANTI, *Crisi e insolvenza delle società pubbliche*, cit, p. 671, in Giorn. dir. Amministrativo, 2017.

¹³⁶ Da notare in questo senso le osservazioni sul punto da parte del Trib. di Catania, 26/03/2010 secondo cui: << Seguendo un metodo di analisi sostenuto in dottrina quale ‘metodo sostanzialistico’ che, ritenendo insufficiente la sola qualificazione della società a partecipazione pubblica, intende individuare la concreta disciplina applicabile sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina dettata per le società di diritto privato con le specifiche normative di settore dettate dal legislatore, in quanto la stessa società a partecipazione pubblica potrebbe essere contemporaneamente assoggettata alla disciplina pubblicistica per taluni profili della propria attività di impresa ed alla disciplina privatistica per altri. Nel caso specifico la qualificazione della società di capitali quale soggetto pubblico potrebbe non escludere la applicabilità della normativa civilistica in tema di procedure concorsuali. In concreto, anche secondo tale approccio interpretativo, volto a verificare il dato effettivo degli interessi tutelati dal legislatore mediante la applicazione della disciplina pubblicistica o privatistica e, quindi, valutare se in vista della tutela, si coerente assoggettare la società a partecipazione pubblica all’una o all’altra disciplina, deve pervenirsi ad una conclusione di incompatibilità del fallimento delle società in mano pubblica necessarie, con l’interesse pubblico alla continuità nella gestione del servizio; più specificamente, l’attività dell’ente pubblico sarebbe paralizzata dalla dichiarazione di fallimento che impedirebbe il perseguimento dell’ interesse pubblico; nel caso di società in mano pubblica che presentano carattere della ‘necessità’ si verifica certamente la lesione dell’interesse pubblico, ove si consideri fra l’altro che la possibilità di disporre l’esercizio provvisorio dell’impresa non è volto alla soddisfazione del pubblico interesse ma è subordinato unicamente ed esclusivamente all’interesse dei creditori del fallito(individuabile nella massimizzazione della percentuale di riparto)>>.

¹³⁷ L’ art 42 R.D. 267/1942 statuisce che:<<1. La sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell’amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di

debitore, mal si concilierebbe con l'erogazione di un servizio essenziale (il quale sarebbe inevitabilmente compromesso) generando inoltre un'inaccettabile ingerenza dell'autorità giudiziaria in materie di competenza dell'autorità amministrativa.

E' stato inoltre osservato che neppure l'esercizio provvisorio dell'attività di impresa sarebbe pertinente agli intenti di tutela del servizio perseguiti dalla tesi in commento, l'art 104 l. fall.¹³⁸, in cui è positivizzato l'esercizio provvisorio, sarebbe infatti costituito da un corollario di premesse e caratteristiche a cui subordinare l'erogazione dei servizi. La continuità dell'impresa, subordinata ad un maggiore

dichiarazione di fallimento.2. Sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi.3. Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi>>.

¹³⁸ Il quale prevede che: <<I. Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori. II. Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata. III. Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio. IV. Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione. V. Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio. VI. Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori. VII. Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. VIII. I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1). IX. Al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II >>.

soddisfacimento dei creditori, non consentirebbe di prevedere un esercizio provvisorio per tutelare gli interessi collettivi¹³⁹

Attese le difficoltà circa la possibilità di inquadrare un servizio come “essenziale”, il poco solido impianto su cui si basava questa teoria era l'impossibilità di configurare un intervento della magistratura in un settore di competenza dell'amministrazione, il tutto corroborato dalla convinzione che l'interruzione di un servizio di tale rilevanza potesse generare non pochi danni a carico della collettività. L'interesse collettivo, dai sostenitori di questa tesi, era considerato come preminente rispetto al, seppur meritevole, soddisfacimento concorsuale dei creditori¹⁴⁰.

L'evoluzione delle forme di gestione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni ha comportato la conseguente evoluzione del dibattito sull'applicabilità alle società ad essi deputate delle norme di diritto comune piuttosto che quelle di diritto speciale. La difficoltà, è doveroso ricordarlo, nasce dal mutamento delle condizioni che hanno permesso un uso inflazionato dello strumento societario per la gestione di servizi di interesse generale, argomenti che in precedenza non avevano destato dubbi a causa di una prevalente gestione degli stessi attraverso forme di gestione diverse dalle società¹⁴¹.

¹³⁹ G. CARMELLILLO, cit.

¹⁴⁰ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica esercente servizio pubblico e procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 2012.

¹⁴¹ Come già ricordato nelle prime righe di questo paragrafo, la sentenza della Suprema corte del 10/01/1979, n. 158 costituiva un precedente unico nonché isolato sull'argomento prima che intervenissero in materia le inversioni di tendenza date dall'ampliamento dell'uso di forme privatistiche per la gestione dei servizi.

Sulla scia di questi avvenimenti, gli orientamenti espressi in dottrina e giurisprudenza hanno implicato il proliferare di pronunce tra loro discordanti, contribuendo ad ampliare le difficoltà di applicazione del diritto in cui le incertezze superano i punti in cui la discussione nel merito poteva dirsi superata.

Come se non bastasse, a ravvivare ulteriormente il dibattito è stata l'osservazione secondo cui gli interventi normativi che si sono susseguiti negli anni, avendo ad oggetto il tema delle partecipazioni pubbliche, hanno avuto la possibilità, mai colta dal legislatore, di fare chiarezza in una materia dove gli interessi ed i contrasti avrebbero auspicato un intervento decisivo e dirimente¹⁴².

Prima di analizzare l'intervento sul punto del legislatore delegato, al cui seguito le dispute pocanzi elencate possono definirsi ormai concluse¹⁴³, è necessario un excursus degli approcci emersi in dottrina e giurisprudenza sull'annoso dibattito.

Saranno quindi approfonditi, nei successivi paragrafi, i principali orientamenti emersi nel tentativo di intersecare la disciplina societaria delle partecipazioni pubbliche con il disposto della legge fallimentare.

¹⁴² L. PANZANI, cit.

¹⁴³ S. SCREPANTI, op. cit., p. 675.

3. L'APPROCCIO "TRADIZIONALE" E LA SOGGEZIONE AL DIRITTO COMUNE

Secondo l'orientamento prevalente, prima dell'entrata in vigore del Testo Unico del 2016, le società di capitali, controllate o semplicemente partecipate da amministrazioni pubbliche, restavano soggetti di diritto privato e, come tali, si consideravano ad esse applicabili le norme dello *ius privatorum*¹⁴⁴.

L'articolo 2221 c.c. prevede, per gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, la soggezione alle procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo, con la corrispondente esenzione dall'applicabilità della norma per gli enti pubblici; il disposto codicistico trova una puntuale riproposizione nella previsione normativa fallimentare dove l'art. 1 L. fall. ribadisce quanto previsto dal codice.

Le norme che delimitano l'area di applicazione e di esenzione dalla assoggettabilità alle procedure concorsuali sembravano essere di per sé sufficienti a regolare il fenomeno delle partecipazioni.

Nessun dubbio ha riguardato l'impossibilità di soggiacere alle procedure concorsuali per gli enti pubblici e parimenti era stata accettata la contrapposta soluzione per le società a partecipazione pubblica esercenti un'attività commerciale¹⁴⁵

¹⁴⁴ S. DI FALCO, cit.

¹⁴⁵ C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in Riv. Dir. Civ., 2015.

Ad avvalorare questa tesi era la stessa giurisprudenza che, per lungo tempo, è rimasta legata ad un'unica ed isolata pronuncia dei giudici di legittimità.

I capisaldi su cui si fondava la pronuncia in esame erano le osservazioni della Corte secondo cui una società di capitali non perdeva la propria qualifica di soggetto privato per la sola eventualità che ad essa partecipassero, come soci, degli enti pubblici¹⁴⁶.

L'approccio emerso dalla pronuncia dei giudici di legittimità ha poi trovato conforto nella giurisprudenza successiva. La corte è intervenuta ribadendo la persistenza della soggezione alle norme del diritto privato anche qualora la società fosse partecipata da soggetti pubblici. E' stato affermato che, quantunque i soci pubblici esercitino sulla società i propri poteri secondo le norme del diritto privato, la dichiarazione di fallimento sarebbe subordinata semplicemente alla qualifica della società come imprenditore commerciale¹⁴⁷, secondo quanto previsto dall' art. 1 R. D. 267/1942¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Quanto previsto dalla sent. Cass. 10 gennaio 1979, n. 158 secondo cui: «< una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato - e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (art. 187 l.fall.) - per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio»

¹⁴⁷ Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991.

¹⁴⁸ «<Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.>>

La Suprema Corte è intervenuta successivamente sul medesimo argomento¹⁴⁹, arrivando inoltre a pronunciarsi sulla possibilità che alla medesima società si applichino specifiche normative che attraggano nelle materie da esse delimitate la società nella sfera pubblicistica.

Nella specie la corte ha osservato che proprio le normative peculiari, che per alcuni tratti richiamano le società nell'ambito applicativo di un regime differenziato, consentono <<a contrario>> di ritenere per tutto quanto da esse non derogato applicabile alle società partecipate la disciplina di diritto comune¹⁵⁰.

Nella stessa pronuncia la corte ha toccato una pluralità di argomenti utilizzati dai fautori delle tesi opposte per affermare la non fallibilità delle società partecipate.

È stato valorizzato quanto contenuto nell'art. 4 della legge 20 marzo 1975 n. 70¹⁵¹ impedendo ogni possibilità di riqualificare una società privata in ente pubblico in mancanza di una espressa previsione legislativa. Viene escluso dalla corte che le peculiarità del fenomeno partecipativo siano tali da giustificare un'equiparazione all'ente pubblico, tanto in ragione del suo funzionamento ed organizzazione quanto in funzione dell'autonomia decisionale dei suoi organi. Il Supremo consesso ha osservato che, seppure l'autonomia decisionale fosse limitata da atti propedeutici della pubblica amministrazione, la

¹⁴⁹ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209

¹⁵⁰ Sempre secondo Cass. 27 settembre 2013, n. 22209.

¹⁵¹ Secondo cui: << Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge>>.

volontà negoziale si manifesterebbe sempre secondo le regole del diritto privato.

Il tutto, coordinato con l'art 1 l. fall. che designa l'area di immunità dall'applicazione delle procedure di concordato e fallimento, varrebbe secondo i giudici a corroborare la tesi in favore della fallibilità.

E' stato rifiutato l'approccio fatto proprio dai sostenitori della tesi cd. funzionale per cui la corte, nonostante fosse giunta a riconoscere che alcune società pubbliche affidatarie di pubblici servizi possano essere connaturate dall'assenza dello scopo di lucro ritenuto elemento necessario nelle società di capitali, è arrivata ad affermare l'elasticità raggiunta dal modello societario.

E' stato evidenziato come sia possibile ed anzi necessaria, nonostante l'assenza del predetto requisito, la soggezione della società, in subordine alla scelta del modello in esame, alle norme di diritto privato senza possibilità di inquadrare le società di cui si discute in un *tertium genus* esonerato dall'applicabilità delle norme di diritto comune¹⁵².

¹⁵² << Il discorso è indubbiamente più delicato quando si passa ad esaminare il piano della funzione, ossia dello scopo per il cui perseguimento la società è costituita ed agisce, non potendosi tacere che nell'operare di talune società pubbliche, in specie di quelle affidatarie di pubblici servizi, non è sempre dato ravvisare quell'attività economica a scopo di lucro che l'art. 2247 c.c., tuttora indica come elemento caratteristico di ogni società di capitali. Ma, non potendosi al contempo disconoscere che il modello societario è andato negli anni assumendo connotati sempre più elastici, sostanzialmente svincolandosi dalla tradizionale alternativa fra causa di lucro e causa mutualistica, sino a divenire un contenitore adattabile a diverse finalità (si pensi, ad es., alle società sportive di cui alla L. n. 91 del 1981), l'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile. Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, si può, in definitiva, concordare con l'assunto della ricorrente, secondo cui non è possibile enucleare, in via descrittiva, uno statuto unitario delle società in mano pubblica, le quali (come può accadere anche a società a capitale interamente privato) sono assoggettate alle

La fallibilità delle società di diritto privato connaturate da innegabili elementi di natura pubblicistica è stata ampiamente sostenuta anche dalla giurisprudenza di merito¹⁵³ e dalla dottrina prevalente¹⁵⁴.

L'orientamento espresso in dottrina muove da una critica in chiave costituzionale all'opera di coloro i quali propendono per un'inaccettabile estensione alle società partecipate della disciplina pubblicistica con relativo esonero da quella privatistica¹⁵⁵.

La soggezione del giudice alla legge statuita dall'art 101 cost.¹⁵⁶ impedisce un'interpretazione *contra legem* quale sarebbe quella che permette di riqualificare favorevolmente una società di diritto privato in ente di diritto pubblico senza che questo possa desumersi da alcun dato normativo.

L'ammissibilità della partecipazione pubblica ad una società che ha personalità giuridica di diritto privato non consentirebbe un mutamento del regime giuridico ad esse applicabile.

L'adesione ad una tale teoria comporterebbe un pregiudizio per i creditori, costretti ad esperire azioni esecutive individuali, per i quali

normative pubblicistiche nei settori di attività in cui assume rilievo la natura pubblica dell'interesse perseguito, da realizzare attraverso disponibilità finanziarie pubbliche, senza che per questo possa predicarsene l'appartenenza ad un *tertium genus*, qualificabile come società- ente, sottratto in foto al diritto comune.>> Cass. 27 settembre 2013, n. 22209.

¹⁵³ In questo senso vd. *ex multis* App. Napoli 24 aprile 2013; App. Torino 15 febbraio 2010; App. Napoli 15 luglio 2009; Trib. Palermo 11 febbraio 2010.

¹⁵⁴ Come osservato da G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit., p. 494, in *Il Fallimento*, 2014.

¹⁵⁵ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2010.

¹⁵⁶ Art 101 comma 2 Cost.: << I giudici sono soggetti soltanto alla legge>>.

solo la procedura concorsuale garantirebbe la *par condicio creditorum*¹⁵⁷.

L'accettazione di una ricostruzione in chiave opposta sarebbe inoltre lesiva del diritto alla concorrenza, di cui la previsione che i soggetti operanti nel mercato debbano sottostare alle medesime norme con identità di trattamento costituisce caratteristica indefettibile¹⁵⁸.

La critica portata avanti dalla dottrina prevalente prosegue osservando che sussiste una distinzione tra la disciplina dell'attività che svolge una società in mano pubblica rispetto alla disciplina soggettiva ed organizzativa del soggetto stesso, l'eventuale assoggettamento alle norme pubblicistiche per alcuni aspetti dell'attività da queste esercitata non consentirebbe quindi di mutarne la natura privatistica e l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale¹⁵⁹, il tutto corroborato da quanto espresso nell'art 4 l. n. 70/1975.

Come se non bastasse è doveroso osservare come la tesi cd. tipologica, che distingue tra società assoggettabili alle procedure concorsuali e società da queste esonerate, giungerebbe a minare inevitabilmente la certezza del diritto di cui la tesi privatistica pare essere l'unica sostenitrice¹⁶⁰.

E' stato inoltre osservato come la mobilità dei parametri delle tesi contrarie alla fallibilità non solo disorienterebbero l'interprete, ma lo

¹⁵⁷ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, cit

¹⁵⁸ Per cui si veda ampiamente F. GHEZZI- G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit p.13 ss, Torino, 2009.

¹⁵⁹ F. FIMMANO', *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, p. 1296ss., 2013.

¹⁶⁰ L. D'ORAZIO-L. MONTEFERRANTE, cit.

porterebbero ad affermazioni contrastanti con l'inevitabile contraddizione in cui sarebbe caduto il legislatore.

Cosa lo avrebbe spinto ad adottare una normativa speciale dove questi l'ha ritenuto opportuno, se poi dove l'avesse voluta prevedere non ne avrebbe ritenuta essenziale la codificazione¹⁶¹?

Il richiamo è indirettamente rivolto alle previsioni degli art. 2449¹⁶² e 2451¹⁶³ c.c., le norme in cui il legislatore avrebbe previsto una disciplina derogatoria al diritto comune delle società. Per tutto quanto da esse non derogato troverebbero applicazione le norme del codice civile tra cui quella prevista dall'art. 2221 c.c.¹⁶⁴ che prevede l'a soggezione dell'imprenditore commerciale in stato di insolvenza alle norme sulle procedure concorsuali.

¹⁶¹ ibidem

¹⁶² <<Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza. 2. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. 3. Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera on le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti.>>

¹⁶³ secondo cui:<< Le disposizioni di questo capo si applicano anche alle società per azioni d'interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti.>>

¹⁶⁴ che statuisce: << Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale [c.c. 2195, 2200, 2202], esclusi gli enti pubblici [2093] e i piccoli imprenditori [2083, 2201], sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo [219, 2214], salve le disposizioni delle leggi speciali.>>

Un'ulteriore norma in contrasto con il tentativo di riqualificazione delle società di diritto privato in enti sostanzialmente pubblici è stata rinvenuta nell'art. 4 comma 13 D.L. 6 luglio 2012¹⁶⁵, la norma, considerata dalla Corte di Cassazione come norma di chiusura¹⁶⁶, stabilisce un perimetro oltre il quale agli interpreti non è consentito andare. Secondo la norma summenzionata le disposizioni speciali andrebbero interpretate in senso restrittivo, restando applicabile per quanto da esse non derogato il disposto previsto dal codice civile in materia di società di capitali.

Come norma interpretativa quella succitata sarebbe volta a limitare la libertà degli interpreti, conseguenzialmente le disposizioni derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria non consentirebbero all'interprete un'indebita estensione in campi che esulano da quelli per cui la disciplina derogatoria sarebbe prevista¹⁶⁷.

La descrizione degli orientamenti emersi ha portato ad elucubrare una serie di approcci tra loro contrapposti, le pronunce giurisprudenziali e gli orientamenti affiorati in dottrina si sono rivolti verso direzioni tra loro contrastanti. In un tale disordine di pensieri la teoria tradizionale è giunta a confrontarsi con un altro ordine di idee sull'argomento delle partecipazioni pubbliche¹⁶⁸.

¹⁶⁵ <<Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali>>.

¹⁶⁶ Cass. 13 maggio 2013, n. 11417.

¹⁶⁷ C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica* cit.

¹⁶⁸ ibidem

Un'analisi particolarmente accurata, disapprovato l'approccio tipologico e le conseguenze che da esso derivano, è stata rivolta anche in dottrina alle risultanze della tesi cd. funzionale.

I sostenitori dell'approccio funzionale danno avvio al percorso ermeneutico da essi sostenuto indagando inizialmente quale sia la ratio dell'esenzione dall'applicabilità delle norme sulle procedure concorsuali per gli enti pubblici prevista dall'art. 1 l. fall. La ragione dell'esenzione sarebbe insita nell'incompatibilità della procedura fallimentare, e di conseguenza dei caratteri che ne sono tipici, con l'ordinaria attività dell'ente pubblico¹⁶⁹.

L'ente sarebbe paralizzato nello svolgimento dei compiti ad esso deputati e di conseguenza ne sarebbe leso l'interesse pubblico allo svolgimento dei servizi, tenendo conto anche delle peculiarità che caratterizza gli enti territoriali dove gli organi della procedura si sostituirebbero di fatto agli organi "politici".

Il legislatore ha quindi ritenuto preminente il valore degli interessi da tutelare che, nel caso dell'ente pubblico debitore, risultano essere tali da esimere il soggetto che svolge l'attività dalla procedura fallimentare.

Conseguenza immediata di questo ordine di idee è stata la necessità di valutare la compatibilità di tutela degli interessi summenzionati con l'attività svolta dalla società.

Risulta evidente che l'applicabilità della teoria in esame non è compatibile con la totalità delle società partecipate, potendo sussistere

¹⁶⁹ S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il Fallimento*, cit., p. 58 ss., Padova, 2009.

società a partecipazione pubblica in cui la procedura fallimentare non lederebbe alcun interesse¹⁷⁰.

La lesione di un interesse pubblico sarebbe inevitabilmente legata alla considerazione della società esentata come “necessaria”, la necessità costituirebbe un derivato dello svolgimento di servizi pubblici di particolare rilevanza. E’ stato inoltre osservato che sebbene il carattere di necessità sarebbe rivestito dal servizio e non semplicemente dalla società, seppure soltanto momentaneamente, a questa si estenderebbe detto carattere¹⁷¹.

Va considerato, inoltre, che l’effetto immediato del fallimento è lo spossessamento dell’imprenditore fallito con la conseguente cessazione dell’attività di impresa. Nel caso di società partecipata, che svolge un’attività necessaria, la previsione di interruzione del servizio sarebbe incompatibile con il pregiudizio arrecato all’interesse pubblico che si sostanzia in un interesse all’esecuzione continuata e regolare del servizio stesso¹⁷².

L’obiezione alla tesi in esame poggia su un’argomentazione semplice ma efficace. Come sostenuto dai giudici di legittimità, in maniera del tutto indipendente dall’attività svolta quello che assume rilievo per il nostro ordinamento è la qualifica di imprenditore commerciale che,

¹⁷⁰ D’ATTORRE GIACOMO, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit.

come tale, resta subordinato all'applicazione del relativo statuto in cui rientra senza dubbio la soggezione alle procedure concorsuali¹⁷³.

Il nostro ordinamento si riferisce all'imprenditore commerciale e non all'impresa né tanto meno all'attività esercitata. Quello che rileva è soltanto la natura del soggetto, l'attività svolta ed il suo rilievo sociale non vengono menzionate dalle norme fallimentari né dal codice civile. Un chiaro esempio dell'impossibilità di riqualificare soggettivamente l'imprenditore commerciale è la previsione per cui, nella legge fallimentare, continuano a fallire gli imprenditori e non le imprese¹⁷⁴.

¹⁷³ F. FIMMANO', *Insolvenza dell'imprenditore "società pubblica", gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, in Dir. Fall., 2015.

¹⁷⁴ Tribunale di Palermo, 13 ottobre 2014, in www.ilcaso.it :<<Le normative civilistica (artt. 221 c.c.) e fallimentare (art1) che prevedono per gli enti pubblici economici un'espressa esenzione dall'applicazione delle disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo, sottoponendoli alla liquidazione coatta amministrativa(mentre, per le province e i comuni, il T.U.E.L. prevede la particolare procedura del dissesto finanziario dell'ente), muovono dalla convinzione dell'incompatibilità tra le finalità della gestione di un servizio pubblico essenziale e gli effetti tipici del fallimento, che determinerebbe un'ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti riservati alla P. A. Questa incompatibilità ha orientato alcuni interpreti, ed i giudici in particolar modo (che si troverebbero, in caso di fallimento, a dover "gestire" il servizio pubblico essenziale), pur nel silenzio della norma (che non ha previsto un tertium genus tra enti pubblici e persone giuridiche di diritto privato), a sussumere, di volta in volta, le società commerciali, che abbiano ad oggetto servizi pubblici, ed in presenza di particolare requisiti, nell'ambito degli enti pubblici. L'assunto non convince. Una recente pronuncia della giurisprudenza penale precisa che:" il fallimento delle società pubbliche, cui sia affidata l'erogazione di servizi pubblici, non presenterebbe alcuna interferenza con la titolarità del servizio, perché, anche quando la società partecipata gestisce un servizio pubblico, non è mai titolare di quel servizio, ma semplice affidataria ad opera dell'ente pubblico socio affidante e, pertanto, l'applicazione dello statuto dell'imprenditore, ivi compresa la dichiarazione di fallimento, non determina alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività della pubblica amministrazione né impedisce l'esecuzione di un servizio necessario alla collettività" (Cass. Pen n234/2011)". Eventuali norme speciali che siano volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non incidono sul modo in cui essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento di terzi contraenti contemplate dalla disciplina civilistica. Ciò che rileva nel nostro ordinamento, ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, non è il tipo di attività esercitata, ma la natura del soggetto: se così non fosse si dovrebbe giungere alla conclusione che anche le società a capitale interamente privato, cui sia affidata la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale, sarebbero esentate dal fallimento". (Cass. SS. UU. 25. 11. 2013 n. 26283). Insomma, la società a partecipazione pubblica è una (delle) modalità di gestione del servizio pubblico, pur non essendone titolare. E, infatti, compito dell'ente pubblico titolare degli interessi pubblici, nell'ipotesi di decozione, trovare una soluzione alternativa al loro soddisfacimento, mediante gestione del servizio in altra

Peraltro merita di essere rilevato che anche quando la società gestisce un servizio di rilevanza pubblica essa non è mai titolare del servizio ma ne resta soltanto un'affidataria, ne deriva che la dichiarazione dello stato di insolvenza non genererebbe alcuna indebita ingerenza della magistratura nelle dinamiche amministrative né tanto meno sarebbe compromessa la prosecuzione del servizio ben potendo l'amministrazione procedere ad un nuovo affidamento.

Se dall'interruzione del servizio potrebbe derivare un pregiudizio alla collettività risulterebbe inoltre utile, al fine di evitare l'interruzione del medesimo, lo strumento dell'esercizio provvisorio ex. art 104 L. fall.. Lo strumento previsto dall'art 104 rende proseguibile l'attività di impresa in presenza di un danno grave da evitare, nel tenere conto dei soggetti passibili di subire un danno dall'interruzione dell'attività risulterebbero sicuramente annoverati, oltre al ceto creditorio, anche la generalità dei terzi in cui rientrano i cittadini che usufruiscono del servizio¹⁷⁵.

Se si permette lo svolgimento di siffatte attività nella forma delle società di capitali sarebbe peculiare prevederne poi l'esenzione dall'applicabilità delle norme che questo modello societario prevede¹⁷⁶.

Sarebbe inaccettabile prevedere che, in assenza di un preciso disposto normativo, società costituite nella medesima forma privatistica

forma o riassegnazione ad altro soggetto (Cass. n. 22209/13), mentre agli organi del fallimento spetta la liquidazione delle attività fallimentari, nel rispetto dei limiti generalmente stabiliti dalla legge, al fine di assicurare la continuità del servizio pubblico (App. Napoli 24.4. 2013).>>

¹⁷⁵ L. D'ORAZIO-L. MONTEFERRANTE, cit.

¹⁷⁶ Come statuito da Cass. 27 settembre 2013, n. 22209.

all'emergere dello stato di insolvenza vengano assoggettate ad una disciplina differenziata. Sarebbero violati il principio di uguaglianza oltreché l'affidamento dei terzi alla loro iscrizione nel registro delle imprese e le norme sulla concorrenza che prevedono per gli stessi operatori del mercato medesime disposizioni¹⁷⁷.

L'accettazione di una siffatta previsione costituirebbe non tanto un'integrazione interpretativa di una disciplina lacunosa, quanto piuttosto un'indebita sostituzione dell'interprete all'opera del legislatore quando il disposto normativo sarebbe invece certo e completo¹⁷⁸.

Un'ultima considerazione risulta obbligatoria se si decide di accogliere l'ordine di idee di coloro i quali possano optare di propendere per un'adesione alla tesi cd. funzionale. Qualificare un'attività come "essenziale" e per estensione ritenere ad essa inapplicabile il disposto normativo riguardante lo stato di insolvenza delle società di capitali porterebbe ad accogliere la stessa previsione nel caso in cui affidataria di un servizio ritenuto "essenziale" fosse una società a capitale interamente privato. Il pregiudizio che deriverebbe dalla cessazione dell'attività sarebbe esattamente lo stesso, il rilievo dato dalla teoria funzionale mancherebbe quindi oltre che di solidi appigli normativi anche di rilevanza pratica, risolvendosi in un'indiscriminata distorsione concorrenziale¹⁷⁹.

¹⁷⁷ L. PANZANI, cit.

¹⁷⁸ C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit.

¹⁷⁹ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica esercente servizio pubblico e procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 2012.

De jure condito il presupposto su cui si basavano le teorie contrapposte alla fallibilità mancavano di basi normative solide ed autorevoli, de jure condendo quello che auspicavano i teorici e pratici del diritto era un intervento normativo che facesse chiarezza in un settore dove gli interessi da tutelare erano ampi ed eterogenei¹⁸⁰.

4. LA TESI “TIPOLOGICA” E LA PREVALENZA DELL'ELEMENTO PUBBLICISTICO. L'ESENZIONE DALLA FALLIBILITÀ

Un' diverso e contrapposto orientamento, rispetto a quello che propende per una soggezione indiscriminata alle norme del codice e delle procedure concorsuali per le società che rivestano una forma privatistica, origina da alcune pronunce di merito e trova le sue basi nel disposto normativo dell'art. 1 della legge fallimentare che esenta dalla soggezione alle procedure concorsuali gli enti pubblici¹⁸¹.

¹⁸⁰ *Ibidem*

¹⁸¹ In cui risulta pionieristica l'affermazione del trib. S. M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009 secondo cui: <<Invero, in ordine alla natura delle società di servizi a partecipazione pubblica si registra una evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali e dell'attività di tali società a discapito degli aspetti formali e della veste giuridica assunta dalle stesse. Al fine di esporre i passaggi salienti di tale evoluzione giurisprudenziale occorre partire dal disposto di cui all'art. 1 D. Lgs. n. 165/01 a norma del quale per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie gli istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni e le Agenzie di cui al decreto legislativo del 30 luglio 1999, n. 300. La norma appena citata comprende, invero, un'elencazione di una serie di figure previste dal sistema nell'ambito della quale si fa un generico

I sostenitori della tesi tipologica propendono per un allontanamento dai canoni formalistici legati alla veste giuridica assunta dal soggetto esaminato, la forma pubblica o privata non sarà, quindi, l'unico canone rivelatore delle norme giuridiche applicabili al caso concreto¹⁸².

L'intento è stato quello di valorizzare l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha messo in rilievo gli aspetti sostanziali delle società rispetto alla forma che queste hanno legittimamente assunto.

Un importante rilievo deriva anche dalla nozione di "impresa pubblica" elaborata dal diritto dell'unione europea in cui elemento dominante per la qualificazione risulta essere l'influenza esercitata dai pubblici poteri¹⁸³.

In questo quadro anche la nozione di "organismo di diritto pubblico" che comprende enti formalmente privati, a cui ha dato rilevanza la

riferimento, tra l'altro a <<tutti gli enti pubblici economici>> la cui individuazione dovrebbe essere effettuata dall'ordinamento positivo. Il problema dell'individuazione dell'ente pubblico da parte dell'interprete non dovrebbe, quindi, sorgere nell'ipotesi in cui sia l'ordinamento di diritto positivo ad affermare espressamente la natura giuridica di un soggetto. Tuttavia, la Corte Costituzionale con la decisione del 28 dicembre 1993, n. 466 ha ritenuto che il controllo della Corte dei Conti sugli enti sovvenzionati originariamente dallo Stato, nei quali, cioè, quest'ultimo conserva una partecipazione esclusiva o maggioritaria al capitale azionario (art. 12, L. 21 febbraio 1958, n. 259), permanga anche dopo la privatizzazione formale degli enti pubblici, cioè dopo la mera trasformazione in s.p.a. dei precedenti enti pubblici. E' la stessa Corte a ricordare che <<la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata di recente tanto in sede normativa che giurisprudenziale sempre più stemperando>> [...] Le conclusioni a cui si perviene sono in linea con il concetto di impresa pubblica elaborato a livello comunitario, che prescinde dalla natura formale dell'ente [...] Orbene, ritiene questo tribunale, alla luce dei richiamati principi giurisprudenziali, che le consistenti (si pensi alla disciplina in tema di scioglimento della società o di recesso del singolo socio) limitazioni all'autonomia degli organi societari che derivano dall'introduzione di previsioni statutarie che ancorano l'operatività della disciplina societaria alla previa adozione di atti di normazione secondaria, il dato della ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promanati direttamente dallo Stato nonché l'erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti, conducano al riconoscimento della natura pubblica del soggetto.>> , in *Il Fallimento*, 713 ss, 2009.

¹⁸² A. GIURDANELLA, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in i quaderni di giurdanella.it, cit., p. 19, 2014.

¹⁸³ G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit.

giurisprudenza comunitaria, sembra adattarsi alla teoria interpretativa sostanzialistica¹⁸⁴, dove quello che è stato caratterizzato come elemento prevalente per dedurre la pubblicità dell'ente è risultato essere la deviazione rispetto all'ordinario schema societario¹⁸⁵.

L'intersezione tra i principi di origine comunitaria e le deroghe al diritto comune delle società hanno consentito, ai giudici di merito ed alla dottrina concorde, di poter affermare la natura pubblicistica degli enti societari così configurati e conseguentemente di statuirne l'esenzione dall'applicabilità delle norme fallimentari.

La conseguenza diretta del riconoscimento di siffatti principi è la necessità di esaminare dettagliatamente l'atto costitutivo, lo statuto ed il servizio svolto dalle società dovendo indagare caso per caso la disciplina da applicare¹⁸⁶.

Benchè chiamate a decidere su un diverso aspetto, questo orientamento ha ricevuto un'autorevole avallo da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁸⁷.

Nella pronuncia sopra citata, la Corte è stata chiamata a decidere su un conflitto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario nell'ambito di un'azione di responsabilità per *mala gestio* nei confronti degli organi sociali di una società *in house*.

¹⁸⁴ Trib. S.M. Capua Vetere 9 gennaio 2009.

¹⁸⁵ <<Si pone, pertanto, un problema di individuazione dell'effettiva natura del soggetto... al di là della sua qualificazione come persona giuridica privata[...] ai fini della cui soluzione rileva [...] l'esistenza o meno di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario>> Cons. di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308.

¹⁸⁶ Cass., SS. UU., 3 maggio 2013, n. 10299

¹⁸⁷ Cass., SS. UU. 25 novembre 2013, n. 26283.

Le osservazioni muovono dall'assunto che il perseguimento delle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni può avvenire anche per il tramite delle forme privatistiche, senza dimenticare che una società di capitali non cessa di essere soggetta alle norme del diritto privato solo per la partecipazione di un soggetto pubblico al proprio capitale sociale.

La società in quanto ente dotato di personalità giuridica resta un soggetto autonomo e distinto sia rispetto a coloro che rivestono un ruolo all'interno degli organi sociali, sia rispetto ai soci. Ne consegue che la società è dotata di un proprio patrimonio autonomo e distinto riferibile soltanto ad essa, sarebbe quindi difficile prevedere che un danno arrecato al patrimonio sociale possa essere configurabile come danno alla pubblica amministrazione.

Accennando all'applicabilità del diritto comune alle semplici partecipate la riflessione della corte si amplia sul punto quando oggetto dell'indagine diviene una società *in house*. La peculiarità delle società *in house*, tale da renderle esenti dalle procedure ad evidenza pubblica, è rinvenuta dalla corte in tre requisiti specifici: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività prevalentemente in favore di questi e la sottoposizione ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Il requisito del controllo delineato dai giudici di legittimità è tale da rendere gli organi amministrativi della società in una posizione di subordinazione rispetto all'ente partecipante. Sarebbe un controllo che

esula dai canoni ordinari del diritto privato ed ha portato la Corte ad affermare che: << Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio(pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva>>.

Le osservazioni della Suprema Corte, sebbene circoscritte ad una pronuncia in tema di giurisdizione, hanno avuto i propri risvolti anche sul tema della fallibilità delle società partecipate e principalmente di quel fenomeno di partecipazione che prende il nome di *in house providing*¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Così si esprime il Tribunale di Napoli, 9 gennaio 2014 :<< Sono ormai ben delineati nell'ordinamento, come ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza e, del resto, autorevolmente dalle stesse SS.UU. (cfr. sent. n. 26283 del 25 novembre 2013), i connotati qualificanti della società *in house*, costituita per finalità di gestione di pubblici servizi, che si individuano nei seguenti requisiti: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività esclusivamente o quanto meno in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici, presupposti che, per poter parlare di società *in house*, è necessario sussistano tutti contemporaneamente e che trovino tutti il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale. le SS.UU. evidenziano la difficile conciliabilità del fenomeno delle società *in house providing* con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, per lo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, attesa la completa assenza da parte di tali società di un potere decisionale loro proprio, in conseguenza del totale assoggettamento degli organi sociali al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare delle partecipazioni sociali. Pertanto, il Supremo Collegio ha concluso nel senso che "La società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. E' stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.); di talchè << l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa>> (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.). Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva. L'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare". La conseguenza di tale impostazione è che se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Ebbene, anche se le SS.UU.

Conseguenza immediata del mancato riconoscimento di un'alterità soggettiva tra la società e l'ente controllante risulta essere l'innegabile utilizzo della forma societaria come semplice schema di riferimento, ma di una società di capitali con degli organi amministrativi investiti di una mera funzione privata non sarebbe più possibile parlare¹⁸⁹.

Se non risulta configurabile una differenza soggettiva anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società viene posto in termini di separazione patrimoniale ma non di distinta titolarità¹⁹⁰.

L'esito diretto conseguito dalla pronuncia della Corte è stato quello di ricondurre il danno arrecato alla società *in house* come un danno inferto all'ente pubblico socio e quindi soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti, quello che è conseguito indirettamente alla pronuncia delle Sezioni Unite è stata la riconducibilità delle società *in house*, in modo indipendente dalla forma giuridica assunta, all'ente pubblico partecipante consentendone una sottrazione dall'applicabilità della disciplina concorsuale¹⁹¹.

La giurisprudenza di merito, successiva alle pronunce della Suprema Corte, ha optato per soluzioni difformi e tra loro contrastanti. Alcuni tribunali hanno seguito l'orientamento emerso in sede di legittimità,

hanno effettuato tale ricostruzione del fenomeno dell'*in house providing* ai fini del riparto di giurisdizione in merito all'azione di responsabilità degli organi di gestione e controllo, ritiene questo Collegio che analoghe conclusioni siano da prendere anche relativamente alla questione dell'assoggettabilità della società *in house* alla disciplina del fallimento>>.

¹⁸⁹ F. FIMMANO', *L'insolvenza dell'imprenditore "società pubblica", gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, in Dir. Fall., 2015.

¹⁹⁰ Cass., SS. UU. 25 novembre 2013, n. 26283 :<<E' giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità >>.

¹⁹¹ S. DI FALCO, cit.

facendone applicazione anche in tema di fallimento e concordato¹⁹², altri hanno ritenuto fallibili le società partecipate anche in presenza dei requisiti caratteristici dell'*in house* come enucleati dalla decisione della Corte (SS. UU. n. 26283/2013)¹⁹³.

Tra le critiche mosse al metodo tipologico assume particolare rilievo il contesto in cui si innesta la pronuncia dei giudici di legittimità; che la sentenza su cui si basano gran parte delle motivazioni addotte per asserire la non fallibilità delle società *in house* sia nata da un giudizio della Corte su un conflitto di giurisdizione non è certamente passato inosservato e le affermazioni che ne sono conseguite sono state indirizzate ad una circoscrizione della relativa pronuncia soltanto al campo in cui questa è emersa.

I sostenitori dell'approccio cd. tipologico hanno invece ritenuto applicabile il ragionamento fatto proprio dalla Suprema corte anche in ambito fallimentare¹⁹⁴.

Un'analisi critica della pronuncia sopra citata¹⁹⁵ osserva inoltre come all'esito dell'iter logico seguito dai giudici parrebbe evincersi che questi abbiano individuato nella società *in house* un patrimonio separato, destinato ad uno specifico affare similmente a quanto disposto

¹⁹² In senso favorevole all'esenzione dalla fallibilità Trib. Napoli, 9 gennaio 2014; Trib. Teramo, 16 marzo 2015; Trib. Verona, 19 dicembre 2013.

¹⁹³ In senso favorevole alla fallibilità delle società partecipate, anche se *in house*, Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014; Trib. Palermo, 13 ottobre 2014; Trib. Modena, 10 gennaio 2014.

¹⁹⁴ App. l'Aquila, 3 marzo 2015, in www.ilcasao.it secondo cui: << Va seguito l'orientamento che parifica, in qualche misura, le società *in house* agli enti pubblici, con il conseguente impedimento alla fallibilità delle stesse>>.

¹⁹⁵ Cass., SS. UU. 25 novembre 2013, n. 26283.

dall'art 2447-bis c.c.¹⁹⁶, l'osservazione sembra però di difficile accettazione soprattutto in assenza di un'espressa previsione legislativa¹⁹⁷.

I sostenitori della tesi tipologica hanno pretermesso alle proprie valutazioni la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, la prevalenza di un'analisi sostanziale rispetto alle caratteristiche formali ha presupposto una circoscrizione dei limiti tra le società di diritto privato, subordinate alla relativa disciplina, e società in house caratterizzate da una particolare connotazione pubblicistica tale da consentire di inquadrarle come una *longa manus* dell'amministrazione¹⁹⁸.

Una revisione critica è stata esposta anche nei riguardi dei sostenitori dell'approccio privatistico. I fautori di un'assoggettabilità alle procedure concorsuali delle società in house rilevavano un'impossibilità di ricondurre l'ente societario partecipato alla nozione di ente pubblico in forza del disposto dell'art. 4 L. n. 70/1975.

Per i contraddittori della tesi summenzionata la norma ostativa alla riqualificazione potrebbe essere interpretata diversamente, la norma in esame costituirebbe un limite superabile in via interpretativa in conseguenza di un quadro di riferimento composto da indici sistematici chiari ed inequivoci¹⁹⁹.

¹⁹⁶ F. FIMMANO', *insolvenza dell'imprenditore "società pubblica", gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, cit., 2015.

¹⁹⁷ C. EBERLE, cit.

¹⁹⁸ G. BETTAZZI, *Società in house insolvente: assoggettabilità a procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

¹⁹⁹ L. D'ORAZIO-L. MONTEFERRANTE, cit.

Oggi la disciplina delle società *in house* è stata chiarificata dalle direttive comunitarie del 2014 ed è stata recepita e positivizzata nel nostro ordinamento con i due decreti del 2016.

La fattispecie non risulta più essere un'eccezione ma semplicemente un modo alternativo di affidamento di servizi. Sebbene le caratteristiche del fenomeno siano in parte diverse rispetto a quelle delineate dai giudici nelle pronunce sopra esposte, risulta prevista l'apertura a capitali privati, non mutano i tratti essenziali del fenomeno²⁰⁰.

5. LA TESI “FUNZIONALE”. LA RILEVANZA DEL SERVIZIO SVOLTO SULLA DISCIPLINA DA APPLICARE

La problematica riguardante la decozione delle società partecipate da enti pubblici è stata affrontata anche da un diverso punto di vista.

Il metodo “funzionale” esula dalla ricerca di un rigido inquadramento della società tra i soggetti di diritto pubblico e quelli di diritto privato, il problema si sposta sulla necessità di stabilire, nelle materie in cui ci si trova ad affrontare il dilemma, se debba trovare applicazione la disciplina privatistica o pubblicistica. La conseguenza di questo approccio sta nella possibilità che la medesima società sia regolata

²⁰⁰ S. SCREPANTI, cit.

dalle norme di diritto privato per alcuni profili della sua attività e dalle norme di diritto pubblico per altri²⁰¹.

L'applicazione di questo metodo in materia fallimentare comporta l'impossibilità per le società che svolgano un servizio definito come "essenziale" di soggezione alle procedure concorsuali.

In ragione dell'essenzialità della società per l'ente partecipante e per la collettività che fruisce del servizio si profila un'incompatibilità oggettiva tra la procedura concorsuale e l'interesse pubblico²⁰².

L'effetto immediato del fallimento, costituito dallo spossessamento dell'imprenditore fallito ex art. 42 R.D. 267/1942, risulta inconciliabile con la continuata e regolare gestione del servizio per i consociati. E' stato osservato dai sostenitori della teoria in disamina che nemmeno l'art. 104 L. fall., in cui riposa la normativa sull'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa, sarebbe sufficiente a garantire la tutela dell'interesse pubblico in quanto sarebbe un istituto volto esclusivamente a tutelare il ceto creditorio²⁰³.

²⁰¹ In questo senso vedi *ex. multis* G. D'ATTORRE, la fallibilità delle società in mano pubblica, cit; L. D'ORAZIO- L. MONTEFERRANTE, *Procedure concorsuali e diritto pubblico*; G. D'ATTORRE, società pubblica esercente servizio pubblico e procedure concorsuali; G. CARMELLINO, Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali, cit.

²⁰² C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit.

²⁰³ In senso contrario Cass. 27 settembre 2013, n. 22209 secondo cui: << Il pericolo derivante dal rischio di interruzione del servizio, per il tempo necessario all'ente locale ad affidarlo ad un nuovo gestore, può essere evitato attraverso il ricorso all'istituto dell'esercizio provvisorio, previsto dall'art. 104 l. fall. Va condivisa sul punto la tesi, avanzata in dottrina e giurisprudenza di merito, secondo cui nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in presenza del quale autorizzare l'esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fa i quali possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita>>.

Una diversa difficoltà si profilerebbe sulle attribuzioni che deriverebbero dall'applicazione delle norme fallimentari e consentirebbero all'autorità giudiziaria di decidere in merito alla prosecuzione dell'attività o all'eventuale affidamento a terzi mediante lo strumento dell'affitto d'azienda ex art. 104-bis l. fall.

Le previsioni summenzionate rappresenterebbero un'inaccettabile intromissione dell'autorità giudiziaria nelle competenze dell'autorità amministrativa, la funzione tipicamente pubblica nella scelta dell'affidatario del servizio e sulla prosecuzione dello stesso genererebbero dubbi di compatibilità con le norme costituzionali che prevedono una riserva della titolarità delle funzioni amministrative in favore degli enti pubblici (art. 118 cost.)²⁰⁴.

L'intromissione dell'autorità giudiziaria risulterebbe ancora più evidente se si prendesse in considerazione la frequenza con cui le società partecipate sono soggette allo stato di insolvenza, infatti, il fenomeno è ormai divenuto fisiologico per questo tipo di gestione dei servizi²⁰⁵.

L'intromissione dell'autorità giudiziaria non si verificherebbe, invece, in tutte quelle società a totale o parziale partecipazione pubblica che non rivestano il carattere della "necessità". La cessazione dell'attività di impresa nelle società "non necessarie" non lederebbe alcun interesse pubblico e non genererebbe alcun conflitto tra l'autorità giudiziaria, libera di intervenire con i poteri ad essa affidati dalle norme

²⁰⁴ G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit.

²⁰⁵ *Ibidem*.

concorsuali, e l'autorità amministrativa, che non vedrebbe limitati i propri poteri agendo in questi casi come un qualunque soggetto privato²⁰⁶.

Secondo i sostenitori della tesi suesposta il metodo “funzionale” sarebbe da preferire all'approccio privatistico²⁰⁷ in quanto peccherebbe di un difetto notevole nella mancata considerazione degli interessi che verrebbero lesi consentendo l'accesso alle procedure concorsuali delle società che rivestono il carattere della “necessità”.

Consentire l'assoggettabilità alle procedure concorsuali per le società che svolgono un servizio rilevante per la collettività lederebbe non solo gli interessi pubblici, ad uno svolgimento continuato e corretto del servizio, ma metterebbe in contrasto i poteri dell'autorità amministrativa con quelli che verrebbero concessi all'autorità giudiziaria²⁰⁸.

Il metodo “tipologico”, invece, viene criticato per l'eccesso a cui condurrebbe ritenere esenti dal fallimento anche le società che non rivestono il carattere della “necessità”. Il metodo “funzionale” permetterebbe di delineare con maggiore precisione le caratteristiche in presenza delle quali sarebbe possibile esentare una società dall'applicabilità delle norme concorsuali.

Delimitare correttamente l'ambito di immunità risulta essere un compito importante affidato all'interprete, in quanto andrebbero

²⁰⁶ G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica esercente servizio pubblico e procedure concorsuali*, cit.

preferite le soluzioni che circoscrivano in maniera ristretta gli ambiti di esenzione²⁰⁹.

La carenza nel metodo tipologico è insita nella previsione di esenzione delle società che non rivestono il carattere della “necessità”, tutelare gli interessi pubblici in un ampio margine di deroghe concesso alle società in questione comporterebbe, in realtà, la mancanza di una reale tutela dell’interesse stesso e la conseguente lesione delle ragioni del ceto creditorio che troverebbero la loro migliore soddisfazione nella disciplina concorsuale²¹⁰.

Solo attraverso la previsione di un ristretto ambito di esenzione l’interesse pubblico sarebbe realmente salvaguardato. La maggiore tutela che verrebbe data alle società che rivestono il carattere della “necessità” andrebbe, di fatto, a beneficio della collettività fruitrice del servizio.

²⁰⁹ G. D’ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, cit.

²¹⁰ *Ibidem*

Capitolo III

La “non semplice” risoluzione dei contrasti: l'intervento dirimente del legislatore

1. PREMESSA

Da quanto è esposto fino ad ora è emerso che il dibattito precedente all'entrata in vigore del Testo unico è stato caratterizzato dall'evoluzione e dall'incontro tra le teorie prospettate in dottrina e gli approcci fatti propri dalla giurisprudenza²¹¹.

Le origini del dibattito hanno visto, inizialmente, poche opposizioni all'approccio “tradizionale”²¹², solo successivamente le tesi ostative, emerse ed avvalorate dalla giurisprudenza di merito, hanno messo in dubbio l'impostazione che tradizionalmente assoggettava le società partecipate alle procedure concorsuali.

La giurisprudenza di merito è stata complice²¹³ nel favorire l'ampliamento della distorsione e l'allontanamento dall'ideologia che tradizionalmente rendeva le società partecipate soggette alle norme del diritto comune come qualunque altra società.

²¹¹ G. POSITANO, *Il fallimento delle società <<private>> a partecipazione pubblica*, in Fall., cit., p. 574, 2013.

²¹² *Ibidem*

²¹³ Come osservato da S. DI FALCO, cit.

La pronuncia della Suprema Corte sulla giurisdizione nell'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali di una società *in house*²¹⁴ ha incrementato il tenore del dibattito per tutti coloro che hanno inteso applicabile il ragionamento della corte anche in materia di procedure concorsuali²¹⁵.

La soluzione dirimente, come si vedrà, è oggi contenuta nell'art. 14 D.Lgs 175/2016 in cui il legislatore ha previsto la soggezione alle procedure concorsuali delle società partecipate, riportandole nell'ordine di idee fatto proprio dalla teoria più risalente²¹⁶.

Sembra superato il dibattito precedente in favore di una totale soggezione delle società partecipate alla disciplina di diritto comune, l'intento del legislatore sembra rivolto ad una progressiva riduzione delle possibilità di esentare siffatte società dalla disciplina comune²¹⁷.

L'intervento del legislatore delegato, sebbene abbia lasciato taluni margini di discussione per coloro che ritenevano esenti dall'applicabilità della disciplina concorsuale le società *in house*²¹⁸, sembra essere rivolto a coprire tutte le fattispecie che ricomprendano una pubblica amministrazione nella compagine societaria²¹⁹.

Un esempio risalta dagli intenti della riforma volti a prevenire la crisi delle società destinatarie di affidamenti diretti. Qualora le società in questione giungessero ad essere dichiarate fallite sarebbe, secondo le

²¹⁴ Cass. SS. UU. 25 novembre 2013, n. 26283.

²¹⁵ In questo senso vd. Trib. Napoli, 9 gennaio 2014.

²¹⁶ D. DI RUSSO, cit.

²¹⁷ *ibidem*

²¹⁸ L. D'ORAZIO-L. MONTEFERRANTE, cit.

²¹⁹ C. EBERLE, cit.

norme del decreto di cui trattasi, impedito agli enti affidatari di ripetere il proprio errore per cinque anni²²⁰.

Il legislatore ha deciso di imporre coattivamente alle amministrazioni pubbliche di prestare maggiore attenzione all'economicità delle proprie gestioni²²¹, il metodo summenzionato comporta un duplice risvolto.

Il primo risulta evidente se si considera un'amministrazione che svolga, per il tramite della società destinataria di affidamenti diretti, un servizio gestito in maniera economicamente insostenibile; in seguito alla sentenza dichiarativa di fallimento il medesimo servizio non potrebbe più essere gestito dall'amministrazione affidataria, nemmeno in un'altra veste giuridica²²², per un determinato periodo di tempo. Il tutto per evitare che le amministrazioni ripetano gli stessi errori.

Il secondo risvolto è insito nella necessità di tutelare la prosecuzione di quei servizi ritenuti "essenziali" per la collettività, la previsione che impedisce alle amministrazioni di riaffidare il servizio non implica l'impossibilità per una gestione diretta da parte delle amministrazioni medesime²²³.

Il disposto normativo non presenta solo risposte alle situazioni di decozione che coinvolgono le società partecipate, un ruolo importante è svolto dai controlli.

²²⁰ D. DI RUSSO, cit.

²²¹ C. EBERLE, cit.

²²² Concordemente sul punto vd. *ex multis* C. EBERLE, *le società pubbliche e il testo unico sulle partecipate*, cit; D. DI RUSSO, *Crisi di impresa e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, cit; S. DI FALCO, *La Cassazione: sì al fallimento delle società partecipate*; L. D'ORAZIO- L. MONTEFERRANTE, *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, cit.

²²³ C. EBERLE, cit.

Il ruolo dei controlli è quello di evidenziare le situazioni patologiche coordinando l'intento preventivo con le fattispecie sanzionatorie previste per coloro che disattendono il disposto dell'impianto normativo²²⁴.

Più che la gestione dell'insolvenza e l'eventuale soggezione alle norme fallimentari viene in risalto, all'interno del Testo Unico, il ruolo svolto dalla prevenzione della crisi che si sostanzia in appositi programmi di valutazione del rischio di crisi che le società controllate da pubbliche amministrazione devono predisporre²²⁵.

Il ruolo affidato ai programmi di prevenzione diviene cruciale per le conseguenze che da essi discendono. Nel predisporre i suddetti programmi è affidato al management aziendale un ruolo di primo piano per evitare che i costi futuri diventino ingestibili, è affidato, infatti, all'organo amministrativo il compito, nel caso in cui emergano indizi di crisi, di dover predisporre un idoneo piano di risanamento che sembra del tutto assimilabile alla fattispecie prevista dall'art. 67, comma 3, lett. d) R.D. 267/1942²²⁶.

Se il dibattito sulla fallibilità delle partecipate sembra ormai superato, il nuovo spunto del dibattito sembra lecitamente essere quello sulla responsabilità degli organi amministrativi. O meglio il dibattito sulla

²²⁴ G. FARNETI, *introduzione alla lettura del TU: siamo alla vigilia di un concreto processo di cambiamento?*, in Azienditalia, 2016.

²²⁵ F. FIMMANO', *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, cit.

²²⁶ V. V. CHIONNA, *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche*, in Dir. Fall., 2017.

giurisdizione in merito all'azione di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi.

Prima del Testo Unico, dopo vari contrasti, si era affermato un orientamento che prevedeva una soluzione pacificamente condivisa, questa si basava sulla distinzione tra il danno che colpisce la società e quello che lede l'amministrazione sociale.

Il primo fa riferimento al patrimonio sociale e, come tale, riferendosi al patrimonio di un soggetto privato esclude la giurisdizione della magistratura contabile; il secondo, viceversa, coinvolgendo il patrimonio pubblico veniva ammesso alla giurisdizione della Corte dei Conti²²⁷.

Una situazione differenziata si presentava in questa materia solo per le società *in house* dove la Suprema Corte aveva affermato la ricomprensione della società medesima nell'apparato pubblico, conseguendone l'attribuzione della controversia alla giurisdizione del giudice contabile²²⁸.

In questo quadro si insedia la previsione del Testo Unico che oggi positivizza la materia, non senza difficoltà interpretative e contrasti in ordine all'approccio che l'infelice testo normativo²²⁹ sembra aver accolto.

²²⁷ P. COSMAI, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica*, in *Azienditalia*, 2016.

²²⁸ Cass. SS. UU. 25 novembre 2013, n. 26283

²²⁹ C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 2016.

La complessa formulazione legislativa si prospetta in maniera quasi dissonante rispetto all'evoluzione che ha preceduto l'entrata in vigore del Testo Unico, tanto da far sorgere in alcuni l'auspicio di un ritorno al sistema previgente attraverso una poco agevole forzatura del disposto²³⁰.

Sono questi gli aspetti che verranno esaminati, osservando le posizioni accolte dal Legislatore sulle questioni dibattute in dottrina e giurisprudenza cercando di evidenziarne i punti di forza e le criticità.

2. L'ARTICOLO 14 E L'ADESIONE ALLA TEORIA “TRADIZIONALE”

L'argomento riguardante la fallibilità delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, in assenza di un'esplicita norma di legge che positivizzasse il fenomeno, è stato a lungo dibattuto²³¹.

La dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato l'argomento con esiti tra loro opposti e tal volta contrastanti²³² causati, anche, dalla mole normativa che ha riguardato le società partecipate, connaturata dalla mancanza di un'ideologia omogenea²³³, ampliando il tema della discussione e portando taluni ad indagare la natura delle società stesse.

²³⁰ *Ibidem.*

²³¹ D. DI RUSSO, cit.

²³² *Ibidem.*

²³³ G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit.

Il tema di cui si discute è connaturato da un intrinseco legame con le modalità di intervento dello Stato nell'economia, inizialmente il controllo da parte delle pubbliche amministrazioni dei settori di rilevanza strategica avveniva nella forma degli enti pubblici economici, come tali, esclusi dal regime concorsuale per espressa previsione dell'art. 1 l. fall.; successivamente si è avuto un ampliamento delle partecipazioni degli enti locali alle società che gestivano servizi di rilevanza economica²³⁴.

Le peculiarità che riguardavano questo fenomeno, in tutte le forme da esso assunte, hanno incentrato il dibattito sull'effettiva natura di tali soggetti, privata in ragione della forma giuridica scelta; o pubblica in conseguenza delle peculiarità che le caratterizzano²³⁵.

Secondo l'orientamento prevalente, prima dell'intervento normativo del 2016, una società di capitali non mutava la propria natura di soggetto di diritto privato, indipendentemente dalla misura della partecipazione di un soggetto pubblico, restando in quanto tale soggetta all'art. 1 della legge fallimentare.

La tesi suesposta è stata, inizialmente, l'unica validamente confermata da una risalente sentenza della Suprema Corte²³⁶ per poi essere avvalorata dalle pronunce successive²³⁷.

²³⁴ G. POSITANO, cit.

²³⁵ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica esercente servizio pubblico e procedure concorsuali*, cit.

²³⁶ Cass. 1 gennaio 1979, n. 158.

²³⁷ Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991; Cass. 27 settembre 2013, n. 22209.

La propensione per un'assoggettabilità alla disciplina concorsuale ha trovato riscontri ed accoglimento anche da parte dei giudici di merito, dove i principi fatti propri dalla corte venivano ribaditi a gran voce²³⁸, oltre che da parte della dottrina prevalente²³⁹.

La tesi favorevole alla fallibilità, sebbene ampiamente suffragata, non venne ritenuta l'unica via percorribile. Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza si fecero largo altri due orientamenti contrapposti che miravano a valorizzare la natura pubblica piuttosto che la qualifica di soggetto privato in ragione della veste giuridica prescelta.

Un primo orientamento, diverso e contrapposto rispetto a quello tradizionale, viene definito "tipologico" poiché presuppone l'intento di individuare la natura giuridica delle società partecipate²⁴⁰.

Secondo i sostenitori dell'orientamento in esame le società in mano pubblica, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta, in presenza di alcune caratteristiche sarebbero qualificabili come soggetti sostanzialmente pubblici²⁴¹ e quindi esonerati dall'applicabilità della disciplina concorsuale, come previsto dalla norma che esenta gli enti pubblici.

Il metodo in esame propende per una valorizzazione degli aspetti sostanziali rispetto alla veste formalmente assunta dalle società, in

²³⁸ In questo senso vd. App. Napoli 24 aprile 2013; App. Torino 15 febbraio 2010; App. Napoli 15 luglio 2009; Trib. Palermo 11 febbraio 2010.

²³⁹ Come affermato da G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit.; C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit.; G. POSITANO, *Il fallimento delle società <<private>> a partecipazione pubblica*, cit.

²⁴⁰ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit.

²⁴¹ G. POSITANO, cit.

presenza di alcuni requisiti si è ritenuto possibile assimilare le società partecipate agli enti pubblici²⁴², con la conseguente impossibilità di assoggettarle alle norme fallimentari.

Anche la tesi “tipologica”, avallata dalla giurisprudenza di merito²⁴³, ha trovato nella pronuncia della Suprema Corte (Cass. SS. UU. 25 novembre 2013, n. 26283) un’importante sostegno²⁴⁴.

In fine va ricordato che la problematica è stata affrontata anche da una diversa prospettiva. L’approccio definito “funzionale”, senza pretendere di qualificare le società partecipate, si prefigge come compito quello di individuare la disciplina ad esse applicabile, privatistica o pubblicistica, sulla base di una compatibilità tra la disciplina di diritto comune e quelle specifiche di settore²⁴⁵.

Dal punto di vista “funzionale” l’obiettivo non è la qualificazione dell’ente societario come soggetto pubblico o privato, ma quello di stabilire se debba trovare applicazione la disciplina privatistica o pubblicistica²⁴⁶. La conseguenza è che alla medesima società si potrebbe applicare la disciplina comune per alcuni profili e la disciplina pubblicistica per altri²⁴⁷.

L’approccio in esame muove dalla ratio dell’esclusione degli enti pubblici dalla soggezione alle norme fallimentari, insito nell’incompatibilità della procedura con l’erogazione di servizi

²⁴² Come affermato dal Tri

²⁴³ Trib. S. M. Capua Vetere 9 gennaio 2009.

²⁴⁴ Ribadita anche dai tribunali di merito per cui si veda Trib. Napoli, 20 gennaio 2014.

²⁴⁵ G. D’ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ G. CARMELLINO, *Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali*, cit.

“necessari” nonché con l’incompatibilità della sostituzione della magistratura agli organi politici²⁴⁸.

Oggi il Testo Unico sembra aver posto fine alle dispute sulla fallibilità delle società partecipate ed in particolare al cattivo costume, insito nella concezione opportunistica del ricorso al modello societario, di ritenere inapplicabile la disciplina di diritto comune dopo aver sfruttato i privilegi che da questa sono derivati²⁴⁹.

L’intervento del legislatore sembra rivolto a coinvolgere tutte le forme di partecipazione, compreso il fenomeno *in house*²⁵⁰ che tanto ha fatto discutere.

La risposta normativa sembra essere nel senso di una piena assoggettabilità alle norme di diritto comune confermando il principio, già fatto proprio in alcune pronunce precedenti dai giudici di legittimità²⁵¹, secondo cui alla scelta di operare secondo il modello privatistico si accompagna la scelta di accettare il rischio, sotteso all’attività di impresa, di subire l’eventuale procedura concorsuale in caso di decozione.

Le teorie che tentavano di riqualificare le società partecipate in funzione delle deviazioni rispetto al diritto comune o in funzione della necessità dell’attività svolta mancavano di solidi appigli nel disposto

²⁴⁸ G. D’ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit.

²⁴⁹ F. FIMMANO, *L’insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, cit.

²⁵⁰ In senso favorevole S. SCREPANTI, *Crisi e insolvenza delle società pubbliche*, cit; F. FIMMANO, *L’insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, cit; D. DI RUSSO, *Crisi di impresa e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, cit; D. GALLETI, *Il funzionamento delle procedure concorsuali aventi ad oggetto società a partecipazione pubblica e le azioni di responsabilità*, in *azienditalia*, 2017.

²⁵¹ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209.

normativo²⁵². Le società di capitali partecipate dalle pubbliche amministrazioni sono, in conseguenza della forma scelta, imprenditori commerciali, indipendentemente dall'esercizio effettivo dell'attività, e come tali assoggettabili alle norme sulle procedure concorsuali.

Sembra questo il principio che viene accolto dal legislatore delegato nel comma 1 dell'art. 14 D. Lgs. 175/2016²⁵³ che ha il merito di porre fine ad un lungo dibattito, mettendo in evidenza l'esigenza di tutelare i creditori delle imprese partecipate alla pari della massa dei creditori previsti generalmente dalle norme concorsuali²⁵⁴.

Giunge al termine il dibattito sul tentativo di riqualificazione delle società in esame quali enti pubblici concedendo all'interprete una norma su cui fondare le proprie riflessioni, indubbiamente più salda ma altrettanto meritevole degli stessi risultati a cui era pervenuta la dottrina precedente, indipendentemente dalla verifica di condizioni preliminari che si era resa necessaria prima dell'intervento del legislatore²⁵⁵.

Si rende oggi superflua sia l'indagine sulla natura della società e sulle sue deviazioni rispetto al modello previsto dal diritto comune (quella fatta propria dal metodo "tipologico), sia l'esame dell'attività esercitata a nulla rilevando la sua "essenzialità" per l'ente (come affermato dai fautori della tesi "funzionale) in quanto la norma in esame porta al

²⁵² S. SCREPANTI, cit.

²⁵³ Secondo cui: << Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 e del Decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla Legge 18 febbraio 2004, n. 39>>

²⁵⁴ F. FIMMANO', *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, cit.

²⁵⁵ F. FIMMANO', *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit.

riconoscimento di validità delle norme concorsuali nel garantire la continuità del servizio²⁵⁶.

L'ambito oggettivo di applicazione della norma è chiaro nel definire le procedure concorsuali applicabili alle società partecipate propendendosi concordemente anche per un'applicabilità degli strumenti di soluzione negoziata della crisi²⁵⁷.

Quello che risulta poco chiaro dal disposto normativo è la possibilità di ricomprendere, alla luce del tenore letterale della norma, le società *in house*, da taluni negata²⁵⁸, nella fattispecie contemplata dall'art. 14.

Depone a favore della ricomprensione delle società *in house*, nell'alveo di quelle contemplate dalla norma, il sesto comma²⁵⁹ dell'articolo in esame nella parte in cui fa riferimento ad “una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti”, considerando che le società titolari di affidamenti diretti a norma dell'art. 16 D.Lgs. 175/2016 sono le società *in house* è giocoforza propendere per una loro inclusione all'interno della fattispecie²⁶⁰.

E' stata rifiutata la previsione di una disciplina specifica ed autonoma per le società *in house* che la V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione della camera aveva reso nel parere del 30 giugno 2016 aveva espressamente affermato: <<Si valuti l'opportunità di individuare le tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione

²⁵⁶ Come già osservato in precedenza da Cass. 27 settembre 2013, n. 22209.

²⁵⁷ V. VITO CHIONNA, cit.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ D. DI RUSSO, cit.

²⁶⁰ D. GALLETTI, *Il funzionamento delle procedure concorsuali aventi ad oggetto società a partecipazione pubblica e le azioni di responsabilità*, cit.

da parte della pubblica amministrazione, definendo, come risulta dal parere reso dal Consiglio di Stato, una distinzione più netta tra «società a controllo pubblico», «società a partecipazione pubblica» e «società quotate», con deroghe al codice civile di intensità decrescente, nonché tra «società strumentali» e «società in house», con deroghe al codice civile di maggiore intensità, valutando altresì l'opportunità di elencare per ciascuna delle predette tipologie le norme del decreto che risultano applicabili>>.

La stessa valutazione è stata fatta dal Consiglio di Stato nel parere del 16 marzo 2016 in cui si auspicava la previsione di una disciplina specifica per le società in house²⁶¹, resa necessaria dalle deviazioni che questo tipo di società riflettono rispetto alle caratteristiche tipiche delle società di capitali²⁶².

La scelta del legislatore è stata in un senso opposto rispetto ai richiamati pareri, opposizione che risulta palesata nella relazione illustrativa all'art. 14 D. Lgs. 175/2016²⁶³ nell'evidente concezione che

²⁶¹ Il consiglio di Stato rileva come: << la società *in house* conserva [...] una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato>>.

²⁶² Secondo il parere del Consiglio di Stato: << Nell'ambito di un secondo modello generale dovrebbero confluire le società strumentali e le società *in house*, con deroghe al codice civile che assumono connoti di intensità maggiore>> ed ancora nel riferirsi all'esclusione della fallibilità per gli enti pubblici statuita dall'art. 1 l. fall. argomenta che: << L'esclusione, nell'impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici economici, avrebbero finito per incidere sull'esistenza stessa dell'ente stesso. La "essenzialità" dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali [...] Si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società *in house*>>.

²⁶³ Come ricordato da F. FIMMANO', *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, cit.

l'accoglimento di una disciplina separata sarebbe stata lesiva dell'impronta privatistica che si è inteso dare alla disciplina della crisi.

L'impostazione ideologica fatta propria dal legislatore trova un riscontro nella stessa previsione normativa dove le società *in house* vengono disciplinate dall'art. 16 del decreto e richiamate in altre disposizioni ma non figura un loro richiamo nell'art. 14.

Nell'articolo dedicato alla crisi d'impresa vengono richiamate solo le società "partecipate" che, in seguito ad una combinazione con l'art. 2 D. Lgs. 175/2016 contenente la definizione di società "a partecipazione pubblica" in cui sono ricomprese le società controllate da pubbliche amministrazioni o da società a controllo pubblico, devono ritenersi in grado di ricomprendere al loro interno anche le società *in house*²⁶⁴.

Viene così affrontato tema dell'assoggettabilità alle procedure concorsuali delle società *in house* che hanno caratterizzato il dibattito,

²⁶⁴ Si veda come argomenta in questo senso una delle primissime pronunce successive all'entrata in vigore del Testo unico App. L'Aquila, 3 novembre 2016 che argomenta: << L'articolo 14 detta proprio una disciplina specifica per la "crisi di impresa di società a partecipazione pubblica", evidentemente al fine di chiarire i dubbi suscitati dalle contraddittorie decisioni giurisprudenziali[...] Questa Corte di Appello, con una recente decisione (n. 304/2015), citata dalle parti in giudizio, ha in precedenza ritenuto la non fallibilità delle società *in house*, e quindi anche l'impossibilità per le stesse di accedere alla procedura di concordato preventivo [...] In tal modo, le società *in house* si distaccavano dal "sistema" delle società, ma presentavano un "dna" del tutto diverso e distinto dalle società private, con peculiarità tali da non poter neppure essere considerate parte di un "unicum" societario (al limite della violazione dell'ordine pubblico societario), per acquisire, anche attraverso i nuovi organi inseriti all'interno della governance, come comitati ed assemblee con pareri obbligatori e vincolanti, uno status nuovo di articolazione periferica di un ente pubblico, acquisendo la stessa natura di pubblica amministrazione, pure se con un patrimonio separato [...] Alla luce del d.lgs. n. 175 del 2016 la Corte intende mutare il proprio precedente orientamento [...] Il testo del d.lgs. n. 175/2016, pur presentando alcune zone grigie, in ordine alla fallibilità delle società *in house*, tuttavia è orientato alla tesi panprivatistica, sicché tutte le società a partecipazione pubblica sono fallibili e possono accedere alle procedure concorsuali [...] Invero, stranamente la nozione di società *in house*, cui è dedicato un intero articolo (art. 16), è richiamata in numerose norme del decreto legislativo, ma è stranamente assente proprio nell'art. 14 che disciplina la crisi delle società a partecipazione pubblica [...] Numerosi elementi testuali depongono per la scelta di campo del legislatore per l'accessibilità anche delle società *in house* alle procedure concorsuali degli imprenditori commerciali ex art. 1 l. f.>>.

della giurisprudenza e della dottrina, ampliato dalla cd. sentenza Rordorf.

L'utilizzo dell'affidamento *in house providing*, mutuato dalla giurisprudenza comunitaria, ha previsto, per le società dotate delle caratteristiche necessarie per essere destinatarie di un affidamento diretto, un regime privilegiato che le esonerava dall'applicabilità delle norme concorrenziali²⁶⁵.

I tratti tipizzati dalla giurisprudenza comunitaria hanno portato i giudici di legittimità a considerare le società stesse come una “longa manus” dell'ente partecipante qualificabili come un soggetto dotato di patrimonio distinto ma non separato rispetto all'ente pubblico²⁶⁶. Sebbene in un ambito settorialmente differente la sentenza n. 26283/2013 ha portato ad estenderne i principi anche alla disciplina concorsuale.

I problemi interpretativi sorti con la cd. sentenza Rordorf sono stati oggi superati anche dalla giurisprudenza di legittimità intervenuta sull'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 14 alle società *in house*²⁶⁷. Sono state respinti i tentativi di riqualificazione soggettiva della società, con l'intento di riportare anche le società *in house* nell'alveo del diritto privato affermando l'impossibilità, nonostante le

²⁶⁵ F. E. RIZZI, *Le società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in Società, 2018.

²⁶⁶ A. SCHIRRA, *Nuove frontiere delle società partecipate: il dissesto e la fallibilità*, in www.ilfallimentarista.it, 2016.

²⁶⁷ Cass. sent. 7 febbraio 2017, n. 3196.

caratteristiche che la contraddistinguono, di incidere sul modo in cui opera sul mercato.

La Corte di cassazione, per giungere alla pronuncia sopra richiamata, ha fatto riferimento al terzo comma dell'art. 1 D. Lgs. 175/2016 per ricordare che il Testo unico è basato su un impianto che richiama espressamente la disciplina privatistica per quanto da esso non espressamente derogato. E' stata valorizzata la pronuncia del 2013 nel settore che le era proprio (la giurisdizione del giudice contabile) affermandone il richiamo dei principi nell'odierno art. 12 D. Lgs. 175/2016, propendendo infine per una lettura onnicomprensiva del primo comma dell'art. 14 D. Lgs. 175/2016 considerandolo applicabile anche alle società *in house*.²⁶⁸

Superato il dibattito relativo alla possibilità di fallimento per le società partecipate, anche nella forma dell'*in house*, il legislatore si è

²⁶⁸ La Suprema Corte nella sentenza del 7 febbraio 2017, n. 3196 ha affermato: << Ritiene il Collegio, in conformità al precedente n. 22209 del 2013, che debba andar ribadito il principio per cui "In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto d attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità" [...] Vanno così respinte le suggestioni dirette ad una compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche [...] E per vero, va anche ricordato, che lo stesso art. 1 l. f. disegna l'area di esenzione dalle procedure concorsuali attorno agli "enti pubblici", non alle società pubbliche.>> rifiutando gli orientamenti emersi precedentemente all'entrata in vigore del Testo Unico ha continuato statuendo quanto segue: <<L'art. 14 d. lgs. N. 175 del 2016 ha a sua volta precisato che "Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 e del Decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla Legge 18 febbraio 2004, n. 39"[...] Il profilo pubblicistico della società *in house* appare allora ispirato dal mero obiettivo di eccettuare l'affidamento diretto alle norme concorrenziali, senza che possa dirsi nato un soggetto sovraqualificato rispetto al tipo societario eventualmente assunto [...] Su tale società si determina solo una responsabilità aggiuntiva(contabile) rispetto a quella comune secondo i dettami di Cass. s.u. 26283/2013, poi ripresi dall'art 12 d.lgs. n. 175 del 2016>>.

preoccupato di porre un argine alla prassi, invalsa nelle pubbliche amministrazioni, consistente nella riproduzione di società replicanti dei soggetti dichiarati falliti²⁶⁹.

E' prevista nel Testo Unico²⁷⁰ l'impossibilità, nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, per le amministrazioni controllanti di costituire nuove società, di mantenere le partecipazioni o di acquisirne in società che gestiscano i medesimi servizi.

Il divieto, che viene imposto dal sesto comma dell'art. 14 D. Lgs. 175/2016, ingiunge all'ente pubblico controllante, qualora si verifichi un fallimento dell'intervento pubblico, di ricorrere al mercato per affidare nuovamente il servizio.

La decozione dell'impresa controllata impone all'ente pubblico la dismissione della veste imprenditoriale, sanzionandola con un obbligo di esternalizzazione, per assumere la veste di controllore sul servizio da erogare²⁷¹.

²⁶⁹ F. FIMMANO', *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, cit.

²⁷⁰ Statuisce in questo senso l'art. 14 comma 6 D. Lgs. 175/2016: << Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita >>.

²⁷¹ E' quanto stabilito dalla Corte dei conti Sicilia nel parere n. 143/2017 secondo cui: << La ratio della disposizione finale di divieto (comma 6) che viene in rilievo nel presente quesito attiene, invece, a una fase successiva al monitoraggio ed alla prevenzione delle crisi aziendali ed è, segnatamente, quella di obbligare l'ente pubblico a ricorrere al mercato una volta che si sia verificato un "fallimento dell'intervento pubblico", inibendo la possibilità stessa di costituire o mantenere partecipazioni societarie operanti nell'ambito dell'intervenuta dichiarazione di fallimento della società a controllo pubblico già titolare di affidamento diretto. Occorre a questo punto rilevare che l'art. 14 del TUSPP introduce un divieto che opera in modo perentorio e prescinde dalla formale determinazione dell'ente in sede di ricognizione delle partecipazioni. Si tratta, invero, di una disciplina a contenuto pubblicistico e sanzionatorio che impone all'amministrazione di dismettere la veste di imprenditore pubblico e di procedere

Le norme speciali, che impongono oneri maggiori a carico delle amministrazioni partecipanti rispetto a quelli previsti per i soci privati dal diritto comune, sono rivolte ad indirizzare l'intervento del socio pubblico verso il rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità che governano l'azione amministrativa²⁷².

E' stato valorizzato l'intento di responsabilizzare le pubbliche amministrazioni, distogliendole da un abuso indiscriminato del ricorso al modello societario, impedendo che il sostegno derivante dalla finanza pubblica, per la gestione di servizi diseconomici, finisca per far gravare le perdite di esercizio sull'intera collettività²⁷³.

E' così risolta, definitivamente, la questione relativa alla possibilità per le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di essere soggette alle norme sulle procedure concorsuali. Il Testo unico depone inopinatamente in tal senso e, come se il dato normativo non bastasse, l'orientamento ha ottenuto l'avvallo della Suprema Corte²⁷⁴.

L'intervento dei giudici di legittimità riprende sostanzialmente le argomentazioni fatte proprie dalla dottrina e dalla giurisprudenza

all'esternalizzazione del servizio in conseguenza dell'insuccesso della formula societaria quale modulo organizzatorio di intervento diretto, comprovato dalla dichiarazione dello stato di insolvenza del soggetto partecipato. In definitiva, il "fallimento" dell'intervento pubblico è "sanzionato" con l'obbligo di ricorrere al mercato. L'amministrazione pubblica non potrà più assumere (almeno per cinque anni) l'organizzazione e la gestione del servizio attraverso la partecipazione a una società c.d. In house (ossia suscettibile di un controllo analogo a quello svolto nei confronti dei propri organi interni); dovrà, pertanto, ricorrere al mercato, avendo cura di esercitare le imprescindibili istanze di governance ossia di coltivare gli interessi pubblici sottesi al servizio esternalizzato attraverso l'esercizio del controllo c.d. Contrattuale sull'attività affidata e sul servizio erogato dal soggetto esterno affidatario>>.

²⁷² Sull'argomento v. ex multis G. BASSI, <<Buon andamento>> e presupposti di economicità gestionale nel complesso rapporto tra ente locale e società partecipate, in *Azienditalia*, 2009; G. SAVIOLI- M CASTELLANI- V. COLA, *La governance delle società partecipate dagli enti locali- lo stato dell'arte, un modello di riferimento e la sua applicazione concreta*, in *Azienditalia*, 2004; M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, cit.

²⁷³ S. SCREPANTI, cit.

²⁷⁴ Cass. 7 febbraio 2017, n. 3196.

precedenti²⁷⁵ seppure con l'importante ed autorevole sostegno di una positivizzazione ormai certa ed incontrovertibile.

Vengono rifiutate definitivamente le tesi sostanzialistiche, rifuggendo da qualunque sorta di possibilità in grado di riqualificare un soggetto privato in ente pubblico.

Il dato normativo premia gli approdi giurisprudenziali e dottrinali di matrice privatistica, riportando gli orientamenti di segno opposto nei settori che gli sono propri²⁷⁶.

La convivenza tra il settore pubblico e quello privato è stata ridisegnata in una sostanziale ricomprensione delle società nelle norme disposte per la natura giuridica che gli è propria, il diritto privato diviene il punto di riferimento per tutto quanto non disposto dalla disciplina speciale che, oggi, risiede nel Testo Unico.

Le norme, rivolte al socio più che alla società, mirano alla costituzione di un sistema preventivo riferibile, come si vedrà, alla possibilità di evitare la crisi con interventi tempestivi. Il carattere sanzionatorio delle disposizioni summenzionate viene in evidenza in un momento successivo alle procedure di allerta; qualora non fosse possibile evitare la crisi viene disciplinata la gestione della stessa secondo le ordinarie previsioni concorsualistiche per giungere poi alla previsione che impone coattivamente il distoglimento, a carico del socio pubblico,

²⁷⁵ Ampliamente L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*; G. CARMELLINO, *Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali*, cit.; C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit.; G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit.

²⁷⁶ S. SCREPANTI, cit.

dalla possibilità di erogare il medesimo servizio. Si premia la responsabile gestione delle risorse!

Viene palesata, quindi, la responsabilità nei confronti del mercato e del ceto creditorio, valorizzando il legittimo affidamento e la tutela dei terzi che, in assenza delle previsioni in esame, veniva richiesta a gran voce²⁷⁷.

3. LA PREVENZIONE DELLA CRISI: STELLA POLARE DELLA RIFORMA

I sistemi economici hanno, da sempre, assistito al fenomeno della crisi. L'evento dannoso, derivante da concause micro e macroeconomiche, ha mostrato, con l'ampliarsi dei mercati ed in seguito al fenomeno della globalizzazione, l'effetto domino che arriva a ripercuotersi sulla collettività (ne è un esempio quella scaturita nel 2007!)²⁷⁸.

Dal momento che tra i principali attori economici del sistema rientrano le imprese²⁷⁹, nel periodo della crisi diviene stringente il bisogno di ritagliarsi una fetta di mercato, ma ancora di più si rende utile la previsione di strumenti di allerta che facciano sorgere nell'imprenditore la coscienza di una situazione di rischio che può essere prevenuta con il ricorso a metodi stragiudiziali che, per snellezza e rapidità di azione,

²⁷⁷ S. SCREPANTI, cit.

²⁷⁸ C. BRESCIA-MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016.

²⁷⁹ G. FIORI- R- TISCINI, *Economia aziendale*, Milano, 2014.

risultano utili a limitare il dispendioso ricorso alle procedure concorsuali²⁸⁰.

La crisi di un'impresa coinvolge sempre molteplici interessi, la lesione plurisoggettiva è la conseguenza dell'ampia mole di rapporti che le imprese intrattengono con gli *stakeholders*, agenti di varia natura interessati all'andamento dell'impresa per i legami che hanno con essa²⁸¹.

E' inevitabile che in un'ottica di interessi ampia e variegata si propenda solitamente per il ricorso ad istituti che, consentendo all'impresa di rimanere in attività, mirino a risanare l'impresa in crisi per agevolare la soddisfazione delle pretese dei soggetti che gravitano attorno ad essa.

Va rammentato che, in considerazione di quest'ampia categoria di agenti, la procedura fallimentare non risulta essere sempre un idoneo strumento di ponderazione degli interessi in esso coinvolti.

I costi della procedura, le larghe tempistiche ad essa sottese e la difficoltà di recupero dei crediti in essa immobilizzati generano una baraonda che esplica i suoi effetti su molteplici soggetti economici e, di riflesso, sull'economia in generale²⁸².

²⁸⁰ S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016.

²⁸¹ D. GALLETTI-A. PANIZZA-A. DANOVI-A. FERRI-P. RIVA, F. CESARE-A QUAGLI, *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Assago, 2013.

²⁸² M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Fall.*, 2017.

In un ordinamento che guarda alla procedura fallimentare come “ultima risorsa” risulta di fondamentale importanza il ruolo affidato al tempo, il cui scorrere amplia le difficoltà di risoluzione della crisi²⁸³.

Nella concezione del legislatore delegato emerge l'importanza della prevenzione che diventa il punto di riferimento del D. Lgs. 175/2016. Viene disegnato un articolato modello di gestione atto ad allarmare gli organi di governo societario sul rischio di emersione di situazioni patologiche prima che queste diventino irrimediabilmente irreversibili. Viene esaltato il ruolo delle soluzioni stragiudiziali in linea con le previsioni ordinariamente previste per le società di diritto comune che il legislatore nazionale mira ad ampliare con il recente tentativo di riforma²⁸⁴.

Nello specifico, è l'articolo 6 del Testo Unico a prevedere l'obbligo per le società a controllo pubblico di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi di cui dovrà essere informata l'assemblea nella relazione che sono tenute a predisporre annualmente alla chiusura dell'esercizio sociale²⁸⁵.

Quali siano i metodi giuridici ed economici per predisporre correttamente questo tipo di programmi è una questione ampiamente discussa in dottrina²⁸⁶, senza dimenticare che, a differenza dello stato di insolvenza disciplinato dall'art. 5 del R.D. 267/1942, la legge

²⁸³ M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in Fall., 2016.

²⁸⁴ G. LO CASCIO, *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale ed interna senza fine*, in Fall., 2017

²⁸⁵ L'art. 6 secondo comma D. Lgs. 175/2016 recita: <<Le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4>>.

²⁸⁶ G. MEO- A. NUZZO, *Il testo unico sulle società pubbliche*, cit., Bari, 2016.

fallimentare non contiene una disposizione che positivizzi lo “stato di crisi”²⁸⁷.

Sarà certamente dirimente sul punto l’auspicabile riuscita del tentativo di intervento del legislatore che, in seguito all’approvazione della riforma predisposta dalla cd. Commissione Rordorf, sta valutando l’opportunità di positivizzazione dello “stato di crisi” da intendersi come la possibilità di un futuro stato di insolvenza²⁸⁸.

E’ proprio nell’ottica della riforma che sta interessando l’ambito delle procedure concorsuali che si può cogliere l’intento del legislatore delegato²⁸⁹.

Viene sollecitato un approccio dinamico alle situazioni di crisi dove, tramite l’istituzione di apposite strutture interne di monitoraggio, la società si potrà adoperare tempestivamente per arginare ed evitare future situazioni irreversibili.

Diventa rilevante anche il ruolo delle simulazioni e della previsione dove l’ampia discrezionalità nella predisposizione dei piani assume un ruolo centrale.

Sebbene sia difficile in un’ottica previsionale far gravare sulla *governance* tutto il peso di alcune scelte che sono fonte di fattori esogeni ed imprevedibili per l’apparato amministrativo, le incertezze insite nelle previsioni future possono tuttavia essere attenuate dalla

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ M. FERRO, cit.

²⁸⁹ G. MEO- A. NUZZO, cit.

periodicità dei controlli che può rendere più agevole la predisposizione di programmi chiari ed affidabili²⁹⁰.

La previsione di un sistema di controlli adeguato ad intervenire sulle situazioni di crisi risulta utile ad evitare l'aggravio della stessa con la predisposizione, da parte dell'organo amministrativo, di un idoneo piano di risanamento rivolto al superamento ed alla correzione della stessa tramite l'eliminazione delle cause²⁹¹.

I piani di risanamento imposti all'organo amministrativo assumono inevitabilmente una forma in grado di rievocare il "piano di risanamento attestato"²⁹² ex art. 67, comma terzo, lett. d) l. fall. diretti a conseguire nuovamente l'equilibrio economico prediligendo la risoluzione della crisi in forma privatistica, esulando dalle procedure che richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria, con l'appetibilità caratterizzata dall'esonero dal rischio di soggezione all'applicazione della revocatoria.

Le differenze non tardano a farsi notare, se il piano previsto dalla legge fallimentare esige la presenza dell'attestatore, terzo ed indipendente, il Testo unico prevede che sia la *governance* ad occuparsi del piano senza alcun particolare requisito per l'attestatore. Le divergenze tra le fattispecie non implicano tuttavia un'impossibilità intrinseca di coordinamento tra i due fenomeni, nulla vieta che il piano venga messo

²⁹⁰ In questo senso vd. S. DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 23671-bis*, in Dir. Fall., 2017.

²⁹¹ Il secondo comma dell'art. 14 D. Lgs. 175/2016 statuisce che: << Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento>>.

²⁹² F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica, on Orizzonti del diritto commerciale*, cit., 2017.

in atto nelle stesse forme previste per l'attestazione in ambito fallimentare²⁹³ e finanche che questi giungano ad essere pubblicati nel registro delle imprese²⁹⁴.

L'importanza data all'attività di previsione e gestione della crisi risulta ancora più evidente alla luce delle previsioni contenute all'interno delle successive disposizioni di cui all'art. 14 del Testo unico²⁹⁵ dove il legislatore delegato, ampliando il regime delle "gravi irregolarità" nella gestione previste dall'art. 2409 c.c., ha sanzionato la mancata adozione dei programmi di valutazione quanto quella di provvedimenti adeguati a prevenire l'aggravamento della crisi o il futuro insorgere dei presupposti per la soggezione alle procedure concorsuali.

L'approccio fatto proprio dal legislatore nell'emanazione del Testo Unico, con l'intento di riduzione della spesa pubblica, viene ribadito e consolidato dalla previsione contenuta nei commi quarto e quinto dell'art. 14 D. Lgs. 175/016²⁹⁶ che, coordinandosi con le disposizioni

²⁹³ Ampliamente trattati in E. RICCIARDIELLO, *Profili di fattibilità giuridica dei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d) legge fallim.*, in Dir. Fall., 2017.

²⁹⁴ G. VILLANACCI- A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d) legge fallim.*, in dir. Fall., 2013.

²⁹⁵ Il terzo comma dell'art. 14 D. Lgs. 175/2016 prevede che: < Quando si determini la situazione di cui al comma 2, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile>>.

²⁹⁶ Stabilisce il comma quarto del D. Lgs.175/2016: << Non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2, la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5.>> mentre il quinto comma prevede:<< . Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di

precedenti, pongono un limite alle spregiudicate scelte politiche di ricapitalizzazione incontrollata delle società in crisi²⁹⁷.

La previsione normativa si preoccupa di precisare che non risulta un provvedimento adeguato alla risoluzione della crisi il ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione, qualora questo non intervenga nell'ambito di un piano di ristrutturazione aziendale che risulti concretamente in grado di consentire all'impresa il raggiungimento dell'“equilibrio economico”.

E' orientato all'adozione di un “piano di risanamento” anche il divieto, rivolto alle pubbliche amministrazioni, di effettuare conferimenti, finanziamenti e rilasciare garanzie a favore di società che siano sistematicamente in perdita, se queste non possano essere risanate entro un arco temporale precisamente delimitato.

Anche gli aiuti finanziari da parte delle amministrazioni subiscono un ridimensionamento e risentono della necessità di essere accompagnate da piani di risanamento che, nella casistica prevista dal comma quarto, richiede il raggiungimento di una concreta possibilità di equilibrio, mentre nella casistica prevista dal quinto comma, la previsione del piano deve essere rivolta al risanamento delle perdite entro i tre anni.

servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma>>.

²⁹⁷ ²⁹⁷ F. FIMMANO', *Insolvenza dell'imprenditore “società pubblica”, gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, cit.

Merita di essere valorizzata la cogenza data alla predisposizione di programmi che mirino alla prevenzione della crisi e l'importanza assunta dagli strumenti di gestione della stessa dove il ruolo affidato agli organi di governo societario è inevitabilmente destinato ad intersecarsi con il delicato tema della responsabilità nel caso in cui vengano disattese le previsioni sulla corretta gestione.

4. LA GIURISDIZIONE SULLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ. E' CAMBIATO TUTTO PER NON CAMBIARE NULLA?

Il perimetro al cui interno è compresa l'area di giurisdizione della Corte dei conti è delimitato dalla previsione contenuta nel secondo comma dell'articolo 103 della nostra costituzione²⁹⁸. Il riparto di giurisdizione rispetto alle materie conferite alla *iurisdictio* del giudice ordinario ha risentito di quella forma di intervento pubblico nell'economia che ha prediletto la gestione dei servizi informa privatistica.

Dalle privatizzazioni dei primi anni novanta è stato abbandonato il modello degli enti pubblici economici in favore delle società di capitali che, per snellezza di forme e agevolezza nelle decisioni, risultavano maggiormente adeguate al raggiungimento dei fini pubblici²⁹⁹.

Il mutamento delle forme ha reso meno agevole la possibilità di identificare con certezza la configurabilità di un danno a carico della finanza pubblica ed ha generato la predilezione per un approccio di tipo

²⁹⁸ D. DALFINO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, in Società, 2010.

²⁹⁹ L. SALVATO, *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, in Fall., 2014.

“sostanzialistico” che ha trovato in alcuni casi anche l’avvallo della giurisprudenza di legittimità³⁰⁰.

L’esigenza di tutelare la corretta gestione delle risorse pubbliche ha condotto i sostenitori dell’approccio summenzionato al superamento dei canoni formalistici in favore di una maggiore attenzione ai dati sostanziali, per evitare che le forme societarie del diritto privato concedessero agli enti pubblici trasformati aree di impunità nella gestione del denaro pubblico³⁰¹.

All’approccio sostanzialistico si è contrapposta una tesi incentrata sulla portata del danno, diretto o riflesso, arrecato dall’amministratore alla pubblica amministrazione partecipante³⁰².

Il discrimine, secondo questo approccio, nasce dalla diversità del rapporto che lega società e amministrazione rispetto a quello tra società e amministratori.

Considerando gli amministratori estranei al rapporto di servizio tra società ed ente pubblico socio si è giunti a riconoscere una distinzione tra il danno che questi possono arrecare alla società ed il danno che, in caso di *mala gestio*, è destinato a riverberarsi direttamente sul patrimonio dei soci.

Se il danno è diretto al patrimonio del socio pubblico sarà devoluta al giudice contabile la giurisdizione sull’azione di responsabilità, se il danno è diretto al patrimonio sociale risulta difficile, in assenza di un rapporto di servizio tra amministratori ed ente, ricondurre la

³⁰⁰ per cui si veda Cass. SS. UU. sent. 26 febbraio 2004, n. 3899.

³⁰¹ F. G. SCOCA, *Corte dei conti- Società private e giurisdizione contabile*, in Giur. It., 2017.

³⁰² Per cui si veda Cass. Ss. Uu., 19 dicembre 2009, n. 26806

giurisdizione nell'alveo di quelle conferite alla Corte dei conti, stante la mancata sussistenza di un danno qualificabile come erariale.

Nel caso in cui il danno sia inferto direttamente alla società e solo indirettamente al socio non si configura un diritto di questo al ristoro del proprio patrimonio rappresentando, l'autonomia patrimoniale, un dato caratterizzante delle società di capitali³⁰³.

Più precisamente è stato osservato che, nel caso in cui il danno sia rivolto a ledere direttamente il patrimonio sociale, non potrà che essere la società medesima a beneficiare dell'eventuale ristoro risarcitorio non potendo quest'ultimo confluire nelle casse dell'erario come in quelle di qualunque altro socio.

La preferenza per l'approccio summenzionato ha l'indiscutibile merito di distinguere nettamente gli ambiti di intervento dei due giudici rispettandone le intrinseche differenze.

Il danno sofferto a causa del comportamento degli organi sociali da parte della società risulta risarcibile mediante l'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali³⁰⁴ in quanto il danno è sofferto da un soggetto completamente autonomo (la società) ed è riferibile solo al patrimonio di quest'ultima non potendosi ritenere pertinente ai singoli soci.

Spetta al socio la possibilità di agire in giudizio qualora il danno sia riferibile immediatamente alla sua sfera giuridico-patrimoniale e non indirettamente per una semplice *deminutio* del valore della

³⁰³ M. MACCHIA, *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giornale dir. Amm.*, 2014.

³⁰⁴ Come ricordato dalla pronuncia di Cass, 25 novembre 2013, n. 26283

partecipazione detenuta, in quest'ultimo caso infatti sarà la società a dolersi del danno subito e conseguentemente a mirare, mediante il ristoro, alla rivalutazione delle partecipazioni detenute dai soci³⁰⁵.

Un'interpretazione di segno opposto si è invece insediata sul tema delle società *in house*.

La necessità di affermare la giurisdizione del giudice contabile affonda le sue radici nella proliferazione di questi modelli di gestione societaria che, condizionati da evidenti fattori politici, hanno raramente visto incardinare delle iniziative finalizzate al reale sanzionamento degli organi amministrativi con la conseguente ripercussione dei danni sull'amministrazione di cui costituiscono una *longa manus*³⁰⁶

La Suprema Corte, nella più volte menzionata sentenza cd. Rordorf, ha consolidato l'affermazione del principio insito nella distinzione tra danno diretto e danno indiretto per la devoluzione delle controversie all'autorità giudiziaria competente con l'incidenza di un distinguo per le società *in house*³⁰⁷.

Le società beneficiarie di un affidamento *in house* sono caratterizzate da una particolare dipendenza che le lega all'ente pubblico partecipante. I requisiti per un affidamento diretto del servizio si sostanziavano nello svolgimento dell'attività esercitata in prevalenza a favore del socio pubblico (o dei soci pubblici), nella provenienza interamente pubblica del capitale³⁰⁸ e nell'esercizio del controllo

³⁰⁵ Sulla rilevanza del danno diretto al patrimonio del socio si veda Cass. 5 agosto 2008, n. 21130, in www.ilcaso.it.

³⁰⁶ F. FIMMANO', *La giurisdizione sulle società "in house providing"*, in Società, 2014.

³⁰⁷ Cass, 25 novembre 2013, n. 26283

³⁰⁸ G. F. NICODEMO, *Responsabilità per danno al patrimonio di s.p.a. pubbliche e riparto di giurisdizione*, in Urbanistica e appalti, 2015.

analogo come definito oggi dall'articolo 2, comma 1, lett. c) del D. Lgs 175/2016.

Le deviazioni rispetto alle ordinarie previsioni del diritto societario ed il particolare legame con l'ente pubblico che svuota di reale potere di autonomia gli organi amministrativi³⁰⁹ hanno indotto i giudici di legittimità a ritenere che le società *in house* abbiano delle società di capitali soltanto la forma esteriore configurandosi, invece, come mere articolazioni dell'ente pubblico rispetto al quale non è consentito intendere la società come soggetto giuridico autonomo e distinto rispetto all'amministrazione.

Seguendo questo iter logico la Corte è giunta a negare per le società *in house* la valenza dei principi distintivi sulla portata del danno; gli amministratori delle società *in house* non possono essere considerati, per il loro legame di subordinazione rispetto all'ente controllante, investiti di un *munus* privato.

Il rapporto che lega gli amministratori delle società soggette al controllo analogo alle amministrazioni controllanti è configurabile come un rapporto di servizio, in subordine alla considerazione della società come servizio stesso dell'amministrazione.

Quello che consegue dall'orientamento espresso dai giudici di legittimità è la naturale conseguenza che discende del ritenere la

³⁰⁹ 26283: << L'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare>>

distinzione patrimoniale tra l'ente di società in termini di separazione ma non di distinta titolarità³¹⁰.

Il danno inferto alla società, nel caso dell'*in house* consiste in un danno inferto al patrimonio dell'ente controllante e, come tale, riferibile alla giurisdizione del giudice contabile anche nel caso in cui il danno inferto non sia riferibile al patrimonio del socio ma della società. Nel caso di cui trattasi la titolarità del patrimonio è sempre riferibile all'ente pubblico e, come tale, configurabile come danno erariale.

Sebbene il recepimento legislativo dei contrasti giurisprudenziali e dottrinali sorti sull'argomento non brilli per chiarezza di esposizione³¹¹ a materia è oggi contenuta nell'art. 12 D. Lgs. 175/2016³¹².

La previsione dell'articolo 12 contempla sin dall'*incipit* della rubrica un difetto di agevolezza nell'individuazione dell'intento con cui il legislatore sia pervenuto all'emanazione della norma, la previsione "responsabilità degli enti partecipanti" è assente nel dato normativo che, invece, prevede e disciplina la responsabilità nei confronti degli enti partecipanti.

³¹⁰ S. DEL GATTO, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giornale dir. Amm.*, 2014.

³¹¹ Come osservato da C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*.

³¹² Che recita: << 1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione>>.

Analizzando la disposizione prevista dal primo periodo del primo comma dell'articolo in esame sembra, a prima vista, che il legislatore abbia inteso recepire l'orientamento emerso nella sentenza 26283/2013 con devoluzione della competenza al giudice amministrativo sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi delle società *in house*.

Tuttavia un giudizio più attento, doveroso per l'interprete, renderebbe configurabile una diversa lettura della norma in esame. Il dato normativo prevede la giurisdizione della magistratura contabile in caso di "danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house", lasciando sottintendere la possibilità di un danno qualificabile come non erariale e conseguentemente esonerato dalla giurisdizione della Corte dei conti.

La qualificabilità del danno come "erariale" nel caso delle società in house sarebbe in *re ipsa* se si facesse riferimento all'interpretazione del fenomeno come emerso dalla sentenza dei giudici di legittimità nel 2013 poiché, nell'interpretazione emersa in sede di legittimità, l'indistinta titolarità del patrimonio sembra devolvere univocamente in tal senso³¹³.

Tuttavia è lecito domandarsi se la riconducibilità del patrimonio all'ente pubblico di riferimento sia consentita alla luce dell'ampia mole

³¹³ *Ex multis* L. SALVATO, *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, cit.; G. F. NICODEMO, *Responsabilità per danno al patrimonio di s.p.a. pubbliche e riparto di giurisdizione*, cit.; F. FIMMANO, *La giurisdizione sulle società "in house providing"*, cit.

di norme che, all'interno del Testo Unico, depongono per un approccio di tipo privatistico anche per le società in house³¹⁴.

Non sarebbe profano pensare che il legislatore abbia contemplato una normativa differenziata per le società in house in ambito concorsuale rispetto a quella prevista nell'ambito giurisdizionale, ma ancora più agevole soluzione sembrerebbe derivare dall'accoglimento di un orientamento di segno opposto che origina dall'indagine sulla motivazione di una siffatta previsione.

Prevedere un danno erariale ed un danno non configurabile come tale per le società in house come per qualsiasi altra partecipata, non avrebbe ragione di essere specificato poiché risulterebbe sufficiente il dato generale. Che senso avrebbe allora fare riferimento alle società in house se si volesse ritenerle soggette alla medesima disciplina delle altre partecipate?

Torna utile, allora alla luce di queste considerazioni una rivalutazione della previsione normativa nell'interpretazione fatta propria dai giudici di legittimità, limitando le critiche all'infelice formulazione del testo normativo³¹⁵.

La previsione legislativa sembra inoltre mantenere ferma la posizione assunta sul tema dalla Suprema corte anche riguardo alla giurisdizione sull'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società partecipate. Resta devoluta al giudice ordinario l'azione di responsabilità facendo eccezione per il danno erariale che, come

³¹⁴ E. GRIPPAUDO, *Nomina o revoca di amministratori e sindaci società "in house": giurisdizione del giudice ordinario*, in *Corriere Giur.*, 2017.

³¹⁵ C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, cit.

specificato dal secondo comma dello stesso articolo resta devoluto alla giurisdizione della magistratura contabile nei limiti della quota di partecipazione pubblica.

Anche il secondo periodo della previsione normativa resta poco soddisfacente, la previsione di un'area di giurisdizione "limitata" alla quota di partecipazione pubblica non colpisce per agevolezza ed effettività della tutela, lasciando spazio ad ampie critiche sulle modalità di calcolo del danno complessivo per poi ridurlo in percentuale proporzionale alle quote di spettanza pubblica³¹⁶!

E' stato recepito dal legislatore delegato il suggerimento derivante dai giudici di Palazzo Spada sulla puntualizzazione del comportamento da sanzionare e sugli elementi determinanti per la qualificazione del danno subito dall'amministrazione. La previsione normativa disciplina il comportamento dei rappresentanti dell'ente che, nell'esercizio dei diritti di socio, possano pregiudicare il valore della partecipazione sanzionando tanto il comportamento commissivo quanto quello omissivo dei rappresentanti del socio pubblico³¹⁷.

Le previsioni introdotte dal legislatore portano con sé la consapevolezza, oramai certa ed acquisita, che le società partecipate da pubbliche amministrazioni richiedano, per gli interessi in esse

³¹⁶ P. COSMAI, cit.

³¹⁷ Cons. di Stato 16 marzo 2016, n. 968: << Con riferimento agli elementi costitutivi della responsabilità erariale, si suggerisce di puntualizzare meglio sia il comportamento sanzionatorio, sia l'elemento del danno determinato all'amministrazione. La formulazione proposta nello schema risulta piuttosto circoscritta, prendendo in considerazione i soli comportamenti omissivi («trascura») e richiedendo un danno particolarmente elevato («pregiudizio della partecipazione»). A giudizio del Collegio, peraltro, non sembrano emergere particolari ragioni per attenuare o limitare notevolmente il perimetro della responsabilità degli amministratori pubblici, tenendo conto dell'indirizzo di fondo perseguito dalla riforma, incentrato proprio sulla moralizzazione e sulla trasparenza del settore connesso alla prevenzione della corruzione>>.

coinvolti, un livello di controllo superiore rispetto a quello previsto per l'ordinario modello societario.

La necessità che l'azione amministrativa sia indirizzata ai principi di efficacia, efficienza ed economicità e la presa di coscienza che, nel silenzio normativo, questi principi siano stati puntualmente disattesi dalle pubbliche amministrazioni ha reso improcrastinabile un intervento incisivo che ampliasse il monitoraggio su queste forme di gestione.

L'essenzialità dei controlli sulla fattispecie esaminata trova un'ornitura riscontro nell'ampliamento delle possibilità di denuncia al tribunale come previsto dall'art. 13 D. Lgs. 175/2016³¹⁸.

La deroga è rivolta ad esonerare le società a controllo pubblico dall'applicabilità delle norme previste dal codice civile che, fissando un limite minimo alla percentuale di partecipazione al capitale sociale per esperire la denuncia³¹⁹, ne rendono maggiormente gravosa l'esperimento. Ancora più vistoso si palesa l'intento di ampliare i controlli quando, proseguendo nell'esame della norma, si coglie la previsione dedicata alle s.r.l.. La dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo dibattuto sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata³²⁰ ed il legislatore ha inteso superare il dibattito nel caso delle

³¹⁸ In cui è previsto che: <<1. Nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'articolo 2409 del codice civile, ciascuna amministrazione pubblica, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale. 2. Il presente articolo si applica anche alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata>>.

³¹⁹ E' quanto statuisce il comma 1 dell'art 2409 c.c. secondo cui: << Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione >>.

³²⁰ Su cui ex multis A. MACCARRONE, *L'applicabilità del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata*, In *Corriere giur.*, 2010; N. SOLDATI, *Il controllo*

s.r.l. a controllo pubblico con una norma inequivocabilmente rivolta ad autorizzare l'amministrazione controllante, indipendentemente dall'entità della partecipazione, a presentare denuncia al tribunale in caso di "gravi irregolarità".

Il sistema dei controlli si giustappone alle norme in tema di giurisdizione, a quelle in tema di procedure concorsuali e di prevenzione della crisi evidenziando come la scelta del legislatore di ricondurre le società partecipate ora alle norme di diritto comune ora a quelle di diritto speciale derivi dalla necessità di intersecare l'intento limitativo delle aree di esonero, con l'innegabile peculiarità scaturente dalla provenienza pubblica delle risorse.

Le previsioni del Testo Unico recepiscono gli intenti perseguiti dalla legge delega n. 124/2015 in un climax ascendente di previsioni che origina dalle misure di allerta e sfocia, in caso di crisi irreversibile, nella disciplina concorsuale passando per i controlli giudiziari che ne agevolano il monitoraggio.

Sono un monito alle amministrazioni controllanti i divieti di ripianamento *sic et simpliciter* delle perdite che, con tanta spregiudicatezza, hanno caratterizzato le forme societarie partecipate dagli enti pubblici prima dell'intervento del 2016.

Quella del Testo Unico diventa, così, un'occasione per riflettere sulle regole del funzionamento aziendale a cui anche le pubbliche amministrazioni devono prestare attenzione³²¹, realizzando quella che è

giudiziario nella società a responsabilità limitata, in Contratto e impr., 2010; M. MEOLI, *Controllo giudiziario nelle s.r.l.: questione risolta?*, in Fisco, 2010.

³²¹ S. POZZOLI, *Il TU in materia di società a partecipazione pubblica. Primi adempimenti*, in Azienditalia, 2016.

stata definita <<un'equilibrata convivenza>> tra il pubblico e il privato³²²!

³²² S. SCREPANTI, op cit., p 677.

CONCLUSIONI

Dall'età giolittiana alla cd. "Riforma Madia" sono molti i cambiamenti che si sono registrati nella realtà economica e giuridica del nostro paese. Tuttavia è inevitabile, in alcuni casi, notare come passato e presente possano sembrare non troppo distanti nei loro punti di massima congiuntura.

Dalle aziende municipalizzate alle società *in house* non sembra azzardata una distinzione di forme con parallelismo di sostanza!

Le scelte comuni sembrano avvicinare il Testo Unico in esame alle produzioni legislative più risalenti, mentre i punti di rottura più vistosi emergono dai contrasti con i principi fatti propri dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'ultimo ventennio.

Dall'incipit del decreto emerge l'intento del legislatore di ricollegarsi ai principi contenuti nel codice civile del 1942, dove era lo Stato che nell'esercizio delle attività nelle forme del codice civile si assoggettava alle norme in esso contenute e non viceversa!

E' stato fornito all'interprete, dal legislatore delegato, un *vademecum* sui termini che ruotano attorno alle partecipazioni distinguendo al loro interno tra società controllate, semplici partecipate e società *in house*.

La chiarezza espositiva della terminologia usata all'interno del testo unico serve a fornire una solida base per un inquadramento soggettivo dei destinatari della riforma.

Il disposto normativo diviene oggi il punto di riferimento per la disciplina specifica mentre, per quanto in esso non disposto, il rimando è esplicito al codice che regola l'agire dei privati.

La coerenza dell'impianto prescelto emerge in sede concorsuale dove il legislatore, prendendo una posizione sul dibattito circa la fallibilità delle società partecipate, opta per un'assoggettabilità indiscussa delle società in questione al fallimento ed al concordato preventivo.

Vengono respinte le teorie che hanno tentato una riqualificazione in chiave pubblicistica delle società partecipate, per affermarne la soggezione indiscriminata alle procedure concorsuali, indipendentemente dalle forme assunte.

Anche le teorie che propendevano per la salvaguardia del servizio svolto a favore della collettività vengono respinte, il disposto normativo risponde implicitamente alle critiche sulla compatibilità delle norme fallimentari con il ruolo dei giuridici.

E' dirimente l'intervento del legislatore, anche, sulle società *in house* dove un rimando "poco esplicito" sembra consentire una lettura della norma in senso affermativo alla possibilità di dichiarare lo stato di insolvenza anche per l'istituto di derivazione comunitaria.

Le risposte fornite agli interrogativi precedenti non sono le uniche novità che hanno accompagnato il Testo Unico, per comprendere a pieno l'intento perseguito dal D. Lgs. 175/2016 e la sua portata innovativa bisogna coordinare le disposizioni in tema di crisi d'impresa con il sistema di controlli che ne sta alla base.

In linea con l'evoluzione che sta interessando il diritto fallimentare delle società in generale il legislatore delegato ha deciso di porre l'accento sui campanelli d'allarme che, ponendosi al di fuori della procedura giudiziale, possono aiutare l'impresa ad evitare la decozione prima che questa si presenti in maniera irreversibile.

Il nuovo sistema è rivolto a valorizzare il ruolo della *governance* aziendale a cui viene affidato il compito principale nell'ambito della prevenzione.

Predisporre un programma di controllo che monitorizzi la situazione dell'impresa rende più agevole la predisposizione di misure idonee ad arginare la crisi qualora questa si verifichi.

Prevenzione non è l'unica parola d'ordine della riforma. Le situazioni economiche non sempre possono essere prevenute con adeguata rapidità d'azione e sebbene la periodicità dei controlli possa agevolarne il corretto esito, qualora questo non sia possibile, il comportamento richiesto agli organi amministrativi è la corretta gestione della stessa.

Se la prevenzione di un'eventuale aggravio, la correzione degli effetti e la rimozione delle cause diventano i fini perseguiti, il mezzo per il conseguimento dei risultati diviene il "piano di risanamento".

Nella predisposizione del sistema di allerta e prevenzione il legislatore ha positivizzato rigidamente i fini lasciando ampio margine di scelta sulla forma dei mezzi da adottare.

Ciò che viene chiesto agli organi di governo societario è la predisposizione di un programma che sia in grado di mettere in allerta la società dal rischio di crisi con l'obbligo di tenere informata

l'assemblea dei soci; successivamente all'allerta, qualora si presenti una situazione di crisi, viene previsto l'obbligo di predisporre un piano per il superamento della stessa.

Il legislatore tace su quali siano le forme che i programmi di allerta e le misure di prevenzione debbano avere e si devolve alla *governance* il compito di scegliere le misure più confacenti al conseguimento degli obiettivi.

Quello che emerge dal Testo Unico in tema di crisi d'impresa è la volontà di interpellare l'organo giudiziario soltanto *ex post*. Qualora le norme preventive non vengano rispettate si mette in moto la macchina giudiziaria per sanzionare i soggetti inadempienti.

Sono aumentati, nelle società a controllo pubblico, i compiti degli amministratori e le rispettive aree di responsabilità su cui il ruolo di controllore spetta al tribunale.

L'attenzione per la presenza del controllo pubblico si riflette nelle deroghe alle ordinarie previsioni societarie sul tema dei controlli, il socio pubblico viene legittimato a sollecitare il controllo giudiziario sull'operato degli organi sociali che diviene il tema principale dopo le risposte che il decreto legislativo ha fornito in ambito fallimentare.

Proprio in tema di giurisdizione sulle azioni di responsabilità degli organi sociali il Testo unico si presta a non poche critiche, quanto meno in fase espositiva.

Prima dell'intervento del legislatore delegato il tema della giurisdizione sulle azioni di responsabilità degli organi sociali aveva raggiunto un equilibrio grazie all'operato della dottrina e della giurisprudenza che,

non senza difficoltà, avevano contribuito alla predisposizione di un sistema giurisdizionale basato sulla portata del danno. Restavano escluse dal precedente approccio le società *in house*, per cui lo stretto legame di appartenenza all'amministrazione portò a propendere per una devoluzione *in toto* della giurisdizione alla magistratura contabile.

L'attuale prodotto dell'operato legislativo, pur sembrando indirizzato al mantenimento dei principi accolti prima della riforma, non sembra lasciare priva di fondamenta un'eventuale ricostruzione alternativa.

Dal dibattito sulla fallibilità, su cui il legislatore si è espresso in modo affermativo, il Testo Unico ha spostato l'attenzione sulla fase precedente alla disciplina della stessa in sede concorsuale. E' stato predisposto un sistema che cerca di arginare e prevenire il ricorso alle dispendiose procedure concorsuali e quando questo non risulta possibile si cerca di sanzionare coloro i quali abbiano disatteso i propri doveri.

Il sistema dei controlli così ridisegnato sembra essere un ottimo strumento per la tutela delle risorse pubbliche che figura tra gli obiettivi perseguiti dal legislatore.

Se, platonicamente, la perfezione appartiene al mondo delle idee, il Testo Unico appartiene sicuramente al mondo reale. Tra obiettivi conseguiti e aspettative, in parte, disattese le risposte fornite possono sembrare una necessaria conseguenza della frammentarietà che, per troppo tempo, ha caratterizzato la materia.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI S.-CAVALLI G.-JORIO A., *Il Fallimento*, cit., p. 58 ss., Padova, 2009.

AMBROSINI S., *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016.

ASTEGIANO G., Linee guida della riforma, in *Azienditalia*, 2016.

ASTEGIANO G., Società partecipate dagli enti territoriali e funzioni di controllo della corte dei conti, in *Azienditalia*, 2008.

BALESTRA L., La recente legge delega di riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza, in *Corriere Giur.*, 2017.

BASSI A., *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009

BASSI G., <<Buon andamento>> e presupposti di economicità gestionale nel complesso rapporto tra ente locale e società partecipate, in *Azienditalia*, 2009

BASSI G., *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. trim. appalti*, 2009

BETTAZZI G., Società in house insolvente: assoggettabilità a procedure concorsuali, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

BONACCORSO C., *La finanza pubblica locale e i risultati economico-finanziari delle società partecipate*, in Azienditalia, 2015

BONURA H.- G. FONDERICO G., *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in Giorn. dir. Amministrativo, 2016.

BRESCIA-MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016.

BURIGO F., *Il piano attestato di risanamento: uno strumento di risoluzione della crisi finanziaria d'impresa tuttora efficace*, in Dir. Fall., 2017.

BUTA G. M., *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate*, in Nuove leggi civ. comm., 2017

IBBA C., *Le società "legali"*, Torino, 2002

CAIA G., *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in Giorn. Dir. Amministrativo, 2017

CALCAGNILE M., *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in Giorn. dir. amministrativo, 2017.

CALCAGNILE M., *Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale*, in Giornale dir. Amm., 2017.

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, Torino, 2015.

CAPALBO F., *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, in Lexitalia, 2013

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 201

CARMELLINO G., *Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali*, cit., p. 361 ss., in *Il fallimento*, 2015.

CENTRONE D., *I piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e la revisione straordinaria*, in *Azienditalia*, 2016

CERIONI A.F. , *Le società pubbliche nel Testo Unico: D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017

CERVELLI S., *Assoggettabilità al fallimento della società in house*, in *Dir. Fall.*, 2015

CHIONNA V. V., *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche*, in *Dir. Fall.*, 2017

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.

CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società cd in house. Spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello e (in) compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2015.

COLOMBARI S., *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urbanistica e appalti*, 2008

COSMAI P.-IOVINO R., *Riforma delle società partecipate*, Guida operativa al D. Lgs. 19 agosto 2016, n.175, Assago, 2016.

COSMAI P., *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica*, 2016.

COSMAI P., *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica*, in *Azienditalia*, 2016.

D'ATORRE G.- SANDULLI M., *Manuale delle procedure concorsuali*, Giappichelli, 2017

D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Il Fallimento*, 2014

D'ATTORRE G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010,

D'ATTORRE G., *Società in mano pubblica esercente servizio pubblico e procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 2012.

D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009.

D'ORAZIO L.- MONTEFERRANTE L., *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, Vicenza, 2017.

DALFINO D., *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2010

DE CHIARA E., Osservazioni sull'assoggettabilità alla procedura fallimentare delle società in house, in *Dir. Fall.*, 2017.

DE LUCA G., *L'affidamento del servizio pubblico alla società partecipata da enti locali: presupposti e criticità*, in *Riv. Amm.*, 2009

DE MARZO G., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità risarcitoria degli amministratori*, in *Urbanistica e appalti*, 2012

DE MATTEIS S., *L'allerta nel disegno di legge delega n. 23671-bis*, in *Dir. Fall.*, 2017

DE RENTIIS L., Le condotte esigibili dagli amministratori in presenza di una crisi d'impresa, in *Azienditalia*, 2017

DEL GATTO S., Le società pubbliche e le norme di diritto privato, in *Giornale dir. Amm.*, 2014

DI FABIO M., *Sull'assoggettabilità a procedure concorsuali delle società in house providing*, in *Dir. Fall.*, 2009

DI RUSSO D., *Le società partecipate da enti pubblici e procedure concorsuali*, in D. Di Russo (a cura di), *Manuale delle società pubbliche, profili codicistici e di legislazione speciale*, Torino, 2015

DI RUSSO D., *Crisi d'impresa e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Azienditalia*, cit., 2017.

DONATIVI V., *le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016

DUGATO M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. Amm.* 2013

EBERLE C., *le società pubbliche e il testo unico sulle partecipate*, Padova, 2017.

FABIANI M., *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Fall.*, 2017

FARNETI G., *Introduzione alla lettura del TU: siamo alla vigilia di un concreto processo di cambiamento?*, in *Azienditalia*, 2016.

FARNETI G., *Le società partecipate: problemi d'attualità*, in *Azienditalia*, 2008

FERRO M., *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, cit., in *fall.*, 2016

FIMMANÒ F., *Società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013

FIMMANO' F.- CATRICALA' A., *le società pubbliche*, Napoli, 2016

FIMMANO' F.- OCCORSIO V., *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma "corretta"*, in *Notariato*, 2017

FIMMANO' F., *Insolvenza dell'imprenditore "società pubblica", gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, in *Dir. Fall.*, 2015.

FIMMANO' F., *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del testo unico*, in *Il fallimento*, 2017

FIMMANO' F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Società*, 2014

FIMMANO' F., *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Società*, 2013

FIMMANO' F., *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, p. 1296ss., 2013

FIMMANO' F., *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., Milano, 2011.

FIORANI L. E., *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2012

FIORI G.- TISCINI R., *Economia aziendale*, Milano, 2014.

FRACCHIA F., *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il dir. dell'econ.*, 2004

GALLETTI D.-PANIZZA A.-DANOVI A.- FERRI A.-RIVA P.-CESARE F.-QUAGLI A., *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Assago, 2013

GALLETTI D., *Il funzionamento delle procedure concorsuali aventi ad oggetto società a partecipazione pubblica e le azioni di responsabilità*, in *azienditalia*, 2017.

GHEZZI F.- OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Torino, 2009.

GHEZZI F.-VENTOTUZZO M., *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008

GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, cit., , Bologna

GIURDANELLA A., *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *i quaderni di giurdanella.it*, 2014

GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, 2004

GUERRERA F., *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, cit., 2017

IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015.

IBBA C., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti nella giurisprudenza degli ultimi anni*, in *Giur. comm.* 2012

IBBA C., *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 2016.

IBBA C., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015

LO CASCIO G., *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale ed interna senza fine*, in *Fall.*, 2017

LO CASCIO G., *Società in crisi: una disciplina normativa europea in fieri*, in *Società*, 2015

LONGHI L., *dimensione percorsi e prospettiva dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015.

MACCARRONE A., *L'applicabilità del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata*, in *Corriere giur.*, 2010

MACCHIA M., *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giornale dir. Amm.*, 2014

MALTONI A., *Attività amministrativa e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Giur. It.*, 2014

MALTONI A., *le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017

MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009

MATTARELLA B. G., Delega legislativa e principio di leale collaborazione, in *Giornale dir. Amm.*, 2017.

MATTARELLA B. G., *La L. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *giornale di diritto amministrativo*, 2017.

MEO G.- NUZZO A., *Il testo unico sulle società pubbliche*, cit., Bari, 2016

MEOLI M., *Controllo giudiziario nelle s.r.l.: questione risolta?*, in *Fisco*, 2010

MERLONI F., *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2002

Moliterni A., *Le società pubbliche: scritti recenti*, in *Giornale Dir. Amministrativo*, 2017

MONACO M. G., *I caratteri della gestione in house*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006

NICODEMO G. F., *Responsabilità per danno al patrimonio di s.p.a. pubbliche e riparto di giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 2015

NICOTRA F., Società a capitale pubblico ed assoggettabilità a fallimento: aspetti problematici, in www.ildirittoamministrativo.it, 2015

ONIDA F., *Industria e trasformazione produttiva in Italia: crisi e privatizzazioni dagli anni 90. Alla ricerca di una nuova politica industriale*, in *Rivista di storia economica*, 2014.

OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005

PALLIGIANO G., *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Atti del convegno vallo della Lucania*, 2009

PANZANI L., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in www.ilfallimentarista.it, 2013

PASQUALE G., *Servizi pubblici locali: verso la privatizzazione tramite il ricorso alle s.p.a.*, in *Ambiente e sviluppo*, 1997

PATRONI GRIFFI U., *le nuove società partecipate e in house providing*, Milano, 2017

PATUMI R., *Il ruolo dei controlli della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 2016.

PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007

POLETTINI F., *In house providing e concorrenza*, in *Dir. Industriale*, 2009

POSITANO G., *Il fallimento delle società <<private>> a partecipazione pubblica*, in *Fall.*, 2013

POZZOLI S., Il TU in materia di società a partecipazione pubblica. Primi adempimenti, in *Azienditalia*, 2016.

RENNA R., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997

RICCIARDIELLO E, *Profili di fattibilità giuridica dei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d) legge fallim.*, in *Dir. Fall.*, 2017.

RIZZI F. E., *Le società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2018.

ROPPO V., *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *politica del diritto*, 1997.

RORDORF R., *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Società*, 2013

RORDORF R., *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Le società*, 2005

RORDORF R., *Società a partecipazione pubblica*, in *Società*, 2013.

RUSSO R., *L'immediata applicabilità dell'in house?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016

S. DI FALCO S., *La Cassazione: sì al fallimento delle partecipate*, in *Azienditalia*, cit, p.435, 2017

S. POZZOLI S., Il TU in materia di società a partecipazione pubblica. Primi adempimenti, in *Azienditalia*, 2016

S. SCREPANTI S., *Crisi e insolvenza delle società pubbliche*, in *Giorn. dir. Amministrativo*, 2017.

SALA G, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in *Scritti in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. II, Padova, 2007

SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2010.

SALVATO L., *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, in *Fall.*, 2014.

SANTUARI A., *Sugli effetti della sentenza della corte cost. n. 251 del 2016 sui decreti legislativi in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Corriere giur.*, 2017

SAVIOLI G.- CASTELLANI M.- COLA V., *La governance delle società partecipate dagli enti locali- lo stato dell'arte, un modello di riferimento e la sua applicazione concreta*, in *Azienditalia*, 2004.

SCARFONI S., *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Fall.*, 2010

SCHIANO DI PEPE G., *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G., Padova, 2007,

SCHIRRA A., *Nuove frontiere delle società partecipate: il dissesto e la fallibilità*, in www.ilfallimentarista.it, 2016.

SCOCA F.G., *Corte dei conti- Società private e giurisdizione contabile*, in Giur. It., 2017

SCORCI E., *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011

SOLDATI N., *Il controllo giudiziario nella società a responsabilità limitata*, in *Contratto e impr.*, 2010;

SORDI B., *Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello stato sociale*, in *Quaderni Fiorentini*, Milano, 2017.

STELLA RICHTER P., *L'interesse pubblico nelle privatizzazioni*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2001

TEDESCHI G. U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006

TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012

VENTOTUZZO M., *L'esenzione dal fallimento in ragione dell'esenzione dell'impresa*, in *Riv. Soc.*, 2009

VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, in Dir. Fall., 2015

VILLANACCI G.- COEN A., *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d) legge fallim.*, in dir. Fall, 2013.