



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto commerciale

La fallibilità delle società *in house* alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 3196 del 7/02/2017

RELATORE

Prof. Antonio Nuzzo

CANDIDATA
Margherita Giffi

MATR. 12185

CORRELATORE

Prof. Gian Domenico Mosco

ANNO ACCADEMICO

2016/2017

INDICE

CAPITOLO 1

LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ IN HOUSE

1. *Brevi cenni sull'inquadramento storico e giuridico delle società a partecipazione pubblica*
 - 1.1 Evoluzione storica e principi ispiratori delle società a partecipazione pubblica **pag. 3**
 - 1.2 La natura giuridica e la disciplina delle società a partecipazione pubblica **pag. 9**
 - 1.3 Cenni comparatistici **pag. 17**
2. *Natura giuridica e disciplina delle società in house* **pag. 22**
 - 2.1. I requisiti delle società *in house* **pag. 24**
 - 2.2. Le società *in house* nel Codice dei contratti pubblici **pag. 34**
 - 2.3. Le società *in house* nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica **pag. 36**
3. *Finalità e convenienza economica del modello delle società in house* **pag. 40**

CAPITOLO 2

LA FALLIBILITÀ DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*: LE POSIZIONI ASSUNTE NEL TEMPO DALLA GIURISPRUDENZA E DALLA DOTTRINA E LA SENTENZA N. 3196 DEL 7 FEBBRAIO 2017

1. *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica e delle società in house* **pag. 45**
2. *Inquadramento generale. Il tema della fallibilità delle società in house* **pag. 52**
3. *Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza a favore e contro la fallibilità delle società in house* **pag. 54**

- 3.1 La posizione contro la fallibilità **pag. 55**
- 3.2 La posizione a favore della fallibilità **pag. 59**
- 3.3 La posizione della Corte dei Conti **pag. 65**
- 4. *Le lacune della recente normativa* **pag. 66**
- 5. *La sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017* **pag. 74**
 - 5.1 Il giudizio **pag. 76**
 - 5.2 I fatti rilevanti della causa e le ragioni della decisione **pag. 78**

CAPITOLO 3

L'ATTUALE SITUAZIONE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

- 1. *Altre sentenze successive al Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica* **pag. 85**
- 2. *Breve rassegna di alcuni casi di società partecipate in default* **pag. 93**
- 3. *L'impatto della riforma introdotta dal Testo Unico (D. lgs. n. 175 del 2016)* **pag. 98**
- 4. *Considerazioni conclusive* **pag. 111**

BIBLIOGRAFIA **pag. 115**

CAPITOLO 1

LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ IN HOUSE

1. Brevi cenni sull'inquadramento storico e giuridico delle società a partecipazione pubblica

1.1 Evoluzione storica e principi ispiratori delle società a partecipazione pubblica

Le pubbliche amministrazioni hanno esercitato attività di impresa, anche in forma di società per azioni, già in epoche risalenti nel tempo e per diverse ragioni, sia di ordine economico che storico-sociale.

Sebbene si sia soliti ricondurre la figura dello Stato-imprenditore agli anni Venti, essa si era già proposta con la prima industrializzazione, sin dalla fine dello Stato liberista di fine Ottocento.

La prima impresa pubblica era nata, infatti, nel 1863 come Cassa depositi e prestiti; era strutturata come banca del Ministero della Finanza e già dal 1876, attraverso le casse di risparmio postali, aveva promosso la raccolta del risparmio.

Negli anni successivi, si è poi assistito ad una progressiva partecipazione dello Stato al mondo dell'economia, attraverso un coinvolgimento che lo ha visto transitare da un ruolo di esclusivo contorno giuridico proprio dello stato liberista che promuove e favorisce il libero mercato, a quello che lo contraddistingue attraverso un apporto diretto di beni e servizi pubblici, anche nel settore del credito. In questi anni sono state potenziate le strutture ministeriali e istituite le prime imprese ed enti pubblici nazionali, come l'Azienda Ferrovie dello Stato, l'Impresa per la telefonia interurbana, l'Istituto nazionale delle assicurazioni (INA), la Banca nazionale del lavoro.

Soprattutto, quale protagonista della vita economica, lo Stato ha affiancato agli enti pubblici tradizionali quel nuovo modello organizzativo che è, appunto, quello della società a partecipazione pubblica statale ed è divenuto azionista in società di diritto comune con altri azionisti: nel 1926 sono nate l'AGIP (Azienda generale italiana petroli) e la ROMSA (Raffineria di oli minerali).

La Grande Crisi del 1929 ha determinato l'espansione della mano pubblica in numerosi settori economici. Al fine di scongiurare la rischiosa congiuntura vissuta negli USA, in Italia è stato istituito l'IRI (Istituto per la ricostruzione industriale): dapprima, nel 1933, con lo scopo di salvataggio delle imprese in crisi; in seguito, dal 1937, con il precipuo compito di conseguire gli obiettivi di politica economica dello Stato.

Nel 1937, infatti, l'IRI è divenuto ente permanente con il compito di provvedere con criteri unitari alla efficiente gestione delle partecipazioni di sua pertinenza secondo le direttive della politica economica del Regime, espresse dalle competenti Corporazioni.

È così che lo Stato ha creato, per la prima volta, la figura dell'ente pubblico economico, vale a dire dell'ente autonomo di gestione di partecipazioni nella forma della holding pubblica, che sarà dallo Stato preferito per circa mezzo secolo quale strumento di intervento nell'economia; tale figura è divenuta modello e strumento sistematico di conseguimento del benessere della collettività.

La costituzione dell'IRI è l'esempio più emblematico del fenomeno dell'azionariato pubblico verificatosi in quegli anni e del ruolo svolto dallo Stato imprenditore in economia.

Nel 1936 è stata approvata una legge bancaria, rimasta in vigore fino all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, che ha riorganizzato il sistema bancario secondo una visione pubblicistica e pianificatoria dell'attività creditizia.

Nel c.d. periodo dello "Stato del benessere", che va dall'introduzione della Costituzione repubblicana fino agli anni Settanta, è stato riconosciuto allo Stato il potere di esercizio dell'azione pubblica nell'economia. La Costituzione ha incorporato una matrice interventista nei rapporti tra Stato, società ed economia.

Il secondo dopoguerra è stato caratterizzato, nei primi decenni, da una sostanziale continuità nell'organizzazione amministrativa, improntata a un forte centralismo.

Negli anni Cinquanta e Sessanta sono stati istituiti numerosi enti pubblici nazionali con funzioni di holding finanziarie di controllo, diretto o indiretto, delle imprese pubbliche

come l'ENI, ente di gestione delle partecipazioni statali nel campo della ricerca e delle coltivazioni di giacimenti di idrocarburi.

Nel 1962 è stata nazionalizzata l'industria elettrica ed è stato istituito un ente pubblico economico, l'ENEL, per la gestione in regime di monopolio di tutte le attività del settore dell'energia elettrica.

Fino ad allora, in ogni caso, il fenomeno dell'azionariato di Stato non aveva ancora rivestito contorni strutturali e formali organici e univoci, anzi.

Il sistema ha conseguito una propria struttura formale ben definita nel 1956 con la legge n. 1589. Tale legge ha istituito il Ministero delle Partecipazioni statali, cui sono state attribuite quelle competenze precedentemente in capo ad altri organismi e ministeri.

Questo Ministero, che sarà soppresso nel 1993 a seguito di un referendum popolare, si collocava al vertice del sistema piramidale delle partecipazioni statali con funzioni di vigilanza e poteri di direttiva nei confronti degli enti di gestione delle partecipazioni statali¹. Questi ultimi erano titolari, in modo diretto o indiretto, delle azioni e delle società a partecipazione pubblica ed esercitavano l'influenza su queste ultime, essenzialmente attraverso il diritto di voto nelle assemblee e la nomina degli amministratori. Gli enti di gestione delle partecipazioni statali (aventi natura di enti pubblici economici) fungevano da raccordo, in quanto si interponevano tra gli input politici, nelle forme del diritto pubblico (atti di indirizzo) e l'attività di impresa esercitata da società di diritto comune².

Tale sistema delle partecipazioni statali, negli anni Sessanta, ha iniziato a mostrare significative criticità, tanto che è stato registrato un progressivo affievolimento dell'intervento pubblico nell'economia sino a condurre, negli anni Settanta, alla riforma del settore delle partecipazioni statali. I dati empirici hanno dimostrato l'implosione

1 Tali enti erano: IRI, ENI, EGAM, EAGC - Ente Autonomo di Gestione per il Cinema, EAGAT, EFIM, EAMO - Ente Autonomo Mostra d'Oltremare. La loro attività era vigilata e coordinata dal Ministero delle Partecipazioni Statali, emanando direttive sulla base degli indirizzi generali ricevuti da due comitati interministeriali, il Comitato Interministeriale per la Politica Industriale ed il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica. CAMERIERO, L., *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche, Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2008.

2Cfr. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra la tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2.

della struttura che, non avendo raggiunto gli obiettivi sperati, è finita per determinare gravi perdite economiche allo Stato.

Le linee gestionali ed i criteri normativi ed operativi previsti dall'articolo 3 della legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali (legge n. 1589 del 1956) sono risultati totalmente disattesi, né è risultato conseguito un pareggio di bilancio tale da evitare che i costi fossero superiori alle entrate; lungi dal conseguire i risultati attesi, inoltre, sono state registrate gravi perdite economiche dello Stato, disattendendo i criteri di economicità, vale a dire dell'autosufficienza di gestione previsti dal richiamato articolo 3.

Le ragioni della crisi del sistema sono state variamente individuate:

- nell'eccessiva espansione dei settori di intervento, che ha reso pressoché impossibile il controllo ed il coordinamento della struttura³;
- nel graduale abbandono dell'ottica imprenditoriale in favore di quella di sostegno di settori in crisi strutturale, per il perseguimento di finalità politiche e sociali⁴;
- nella dipendenza del sistema dal meccanismo di finanziamento gestito dal potere politico, con conseguente asservimento del primo all'influenza del secondo⁵;
- nell'inesistenza per la società a partecipazione pubblica della "sanzione economica" a tutela dell'equilibrio finanziario della gestione: il socio pubblico poteva destinare d'autorità, a differenza di quanto avviene nella società a partecipazione privata, le risorse finanziarie necessarie alla propria impresa, libero dai condizionamenti del mercato⁶.

Con l'introduzione dei principi del libero mercato da parte della Comunità europea e del c.d. regime di neutralità ricavabile dall'articolo 345 TFUE, sono stati avviati processi di liberalizzazione e di privatizzazione di imprese ritenute non strategiche. Nel momento in cui non è stato più possibile risolvere il problema del deficit come era stato fatto fino

3 Cfr. F. MERUSI, D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.* XXII, Roma, 1990, 4.

4Cfr. G. MINERVINI, *Società a partecipazione pubblica*, GCO, 1982, 182.

5 Cfr. F. ROVERSI MONACO, *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, 1987, 478 e ss.

6 Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 174-175.

ad allora, cioè stampando moneta e creando inflazione, sono divenuti necessari ed inevitabili interventi di ristrutturazione e razionalizzazione.

Si è avviata, così, la stagione delle privatizzazioni ed è indubbio che le stesse hanno avuto una significativa incidenza sul tessuto economico e finanziario complessivamente inteso, che in tal modo ha modificato lo scenario prettamente pubblicistico a favore di quello privatistico, appunto. Col nuovo millennio si è assistito a un progressivo spostamento verso la dimensione privatistica dell'economia.

Quasi tutti gli enti pubblici economici sono stati trasformati in società per azioni.

È opinione prevalente che, storicamente, la diffusione delle società a partecipazione pubblica è legata a tre cause principali: l'affermarsi dello Stato imprenditore, soprattutto a partire dagli anni Trenta del secolo scorso; la privatizzazione di enti pubblici negli anni Novanta del secolo scorso; la esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi.

Quanto alla prima causa, come già anticipato, lo Stato ha acquisito i caratteri di Stato imprenditore attraverso la costituzione o l'acquisizione di imprese anche in settori deregolamentati e aperti alla concorrenza. L'espansione dello Stato imprenditore è stata spesso giustificata con l'obiettivo di salvare aziende private in crisi, tutelando i livelli occupazionali, e di promuovere politiche di pianificazione e di programmazione economica in funzione di sostegno delle aree economicamente meno sviluppate del Paese. Il sistema delle partecipazioni statali è stato smantellato verso la fine degli anni Ottanta perché divenuto troppo oneroso per le finanze pubbliche e in contrasto con un'applicazione più rigorosa delle regole europee. Molte imprese pubbliche sono state liquidate o privatizzate attraverso la cessione dei pacchetti azionari detenuti dallo Stato. La seconda causa è legata ai processi di liberalizzazione dei mercati negli anni Novanta del secolo scorso in seguito al recepimento di direttive europee.

Gli enti pubblici economici che operavano in regime di monopolio legale sono stati trasformati, per legge, in società per azioni con l'attribuzione della titolarità delle azioni allo Stato (c.d. privatizzazione fredda e formale) oppure, in tutto o in parte, ad azionisti privati (c.d. privatizzazione calda e sostanziale)⁷.

Al processo di privatizzazione è conseguito sia il mutamento della forma giuridica d'impresa pubblica verso assetti più flessibili ed adeguati all'esercizio di attività

⁷ CLARICH, M., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, il Mulino, 2013, p.47.

imprenditoriali ed, in particolare, la trasformazione delle aziende autonome e degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato (privatizzazione formale), sia la vendita ai privati delle partecipazioni nelle società, anche al fine di destinare i proventi al risanamento del bilancio pubblico (privatizzazione sostanziale). Non sempre questa fase è seguita alla precedente, vuoi per scelta politica vuoi per l'oggettiva difficoltà di trovare acquirenti e dunque, a volte, la privatizzazione si è limitata all'aspetto giuridico – formale⁸.

Fin dall'inizio degli anni Novanta il processo di privatizzazione ha coinvolto tutte le imprese pubbliche, anche quelle più lontane dai modelli di diritto comune operanti nei settori industriali e manifatturieri, accreditando così la tesi della loro riduzione ad un unico schema societario, in vista del collocamento sul mercato. Emblematico, in tal senso, è stato il coinvolgimento dello Stato nell'operazione delle imprese esercenti servizi pubblici, in passato ordinate in forme pubblicistiche o caratterizzate da un regime speciale fondato sulla partecipazione pubblica necessaria, di maggioranza o totalitaria⁹.

Quanto alla terza causa, si tratta di un fenomeno più recente e si ricollega ai processi di razionalizzazione degli apparati pubblici. In molti casi, per ragioni di efficienza e snellezza operativa, molte pubbliche amministrazioni hanno ritenuto preferibile, anziché organizzare al loro interno alcune attività, esternalizzarle, cioè affidarle a società da esse costituite e partecipate che svolgono la propria attività in prevalenza per conto delle amministrazioni e degli enti pubblici di riferimento. In tal modo, le amministrazioni sono riuscite a concentrare l'azione amministrativa diretta sugli obiettivi più importanti, tralasciando quelli meno rilevanti¹⁰.

Il ricorso all'esternalizzazione di servizi o di singole funzioni è nato anche dall'esigenza di ottimizzare l'uso delle risorse umane ed economiche a disposizione.

⁸ Cfr. P.G. JAEGER, in *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.* 1992, I, 990.

⁹ Come evidenziato da S. CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, p. 157 ss.; A. MASSERA, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna, 1978, 151 ss.; sul problema generale, V. OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1962, 267 ss.; nella letteratura giuscommerciale, G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, in seguito, M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, VII, diretto da G. Colombo e G. Portale, Torino, UTET, 1992, 3 ss.

¹⁰ D'AUTILIA M.L., ZAMARO N., *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni* in *Analisi e strumenti per l'innovazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

Nel corso degli anni, sono state varie le modalità con cui tali processi si sono verificati. In alcuni casi, l'esternalizzazione è avvenuta attraverso la costituzione di aziende o agenzie di natura pubblica o mista (pubblico-privata) con specifiche funzioni e coordinate dall'amministrazione pubblica conferente. In altri casi, la funzione dell'ente pubblico si è concretizzata sotto il solo profilo finanziario, senza alcuna responsabilità diretta dell'ente stesso; dunque, con una completa delega nello svolgimento delle funzioni al soggetto privato.

L'esternalizzazione è un fenomeno ancora attuale che permette all'amministrazione di adottare una modalità operativa ulteriore per rispondere in maniera più efficace, efficiente ed economica ai bisogni dei cittadini. Più di recente, l'esternalizzazione è stata sempre più spesso determinata dal tentativo di razionalizzazione delle strutture amministrative sull'esempio di ciò che accade nelle imprese private, affidando a terzi, in particolare, alcune attività legate all'organizzazione interna¹¹.

Al di là di quelle che sono le cause che storicamente hanno portato all'affermazione e alla diffusione delle società a partecipazione pubblica, si può sostenere, più in generale, che l'operatore pubblico interviene nell'economia quando ritiene che, per il raggiungimento dei propri obiettivi, l'esercizio d'impresa sia uno strumento più efficace degli altri. Ciò avviene, solitamente, quando ricorre un'incompatibilità tra l'interesse pubblico e gli scopi di profitto delle imprese private.

In linea generale le ragioni che hanno portato alla nascita di società pubbliche risiedono nella volontà di:

- allocare risorse o evitare lo sviluppo di monopoli privati nell'esercizio di quei servizi che devono essere accessibili a tutti (servizio ferroviario, sfruttamento delle miniere);
- perseguire finalità extraeconomiche, assicurando i servizi di pubblica utilità anche in settori nei quali la gestione da parte dei privati sarebbe poco o per nulla conveniente (come nel caso delle ferrovie, che devono essere gestite anche per tratti non produttivi);
- assumere iniziative che necessitino di massicci investimenti per lo svolgimento di attività che richiedono un enorme capitale fisso;
- redistribuire la ricchezza con la creazione di attività economiche nelle aree più arretrate del Paese;

¹¹ PIPERATA G., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, 4/2005.

- evitare frodi che potrebbero verificarsi in regime di impresa privata, in quei campi in cui la “neutralità” dello Stato garantisce l'imparzialità e la correttezza dello svolgimento di tali attività¹².

1.2 La natura giuridica e la disciplina delle società a partecipazione pubblica

Le società a partecipazione pubblica, pur godendo di un'ampia diffusione nella prassi, non rappresentano una categoria con caratteristiche omogenee, sicché è particolarmente arduo fornire una definizione delle stesse.

Le difficoltà di offrire soluzioni condivise sono principalmente riconducibili all'imbattersi in “*un fenomeno che si colloca al confine tra diritto pubblico e diritto privato*”¹³, lontano dal consolidato convincimento secondo il quale esistono “*due diritti, l'uno per i rapporti tra privati, l'altro per quelli tra amministrazioni pubbliche e privati*”¹⁴.

Il tema della natura delle società a partecipazione pubblica ha occupato la dottrina sin dalle sue prime manifestazioni.

Secondo un orientamento iniziale, tali società costituivano soggetti formalmente privati regolati dalla comune disciplina di diritto civile, cui, in alcuni casi, si derogava in chiave pubblicistica. Si distinguevano, in tal modo, dagli enti pubblici economici, caratterizzati dall'essere soggetti formalmente pubblici che operavano in regime di diritto privato.

Una società può essere definita pubblica, o in mano pubblica, quando lo Stato o altro ente detiene la totalità o la maggioranza del capitale in modo da poter avere il controllo e la gestione di essa. Il codice civile disciplina il fenomeno delle partecipazioni pubbliche negli artt. 2449 e 2451. La normativa, ad una prima analisi, denota la volontà del legislatore di non assoggettare la società pubblica ad un regime speciale, ma, al

¹² Sulla base dell'elencazione proposta da Caringella, le prime forme di impresa pubblica hanno riguardato campi come quello della monetazione, del saggio dei metalli e della verifica dei pesi e delle misure. CARINGELLA in *Diritto amministrativo II*, p.1129.

¹³ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, p. 603.

¹⁴ G. MELIS, *Storia del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, 2000, I, p. 155.

contrario, di applicare ad essa i medesimi principi utilizzabili per le società private. In questo contesto si ha quindi l'incontro tra impresa pubblica e impresa privata.

Sul finire degli anni Settanta, è stata elaborata la distinzione tra società a partecipazione pubblica di diritto comune e società a partecipazione pubblica di diritto speciale¹⁵. Successivamente, negli anni Novanta, il fenomeno dell'espansione degli enti pubblici si è intrecciato con il processo di privatizzazione delle aziende municipalizzate, che ha trasformato queste ultime in società di capitali. Il fenomeno delle società partecipate non è più un'eccezione, ma uno strumento normale di gestione dei servizi amministrativi; difatti in dottrina viene a svilupparsi il dibattito sul rapporto fra lo scopo di lucro, tipicamente assegnato alla società dal codice civile, e lo scopo pubblico ispiratore della partecipazione dello Stato e/o di altre amministrazioni.

Il dibattito tradizionale ha evidenziato una contrapposizione tra una visione c.d. "privatistica" e una visione c.d. "pubblicistica".

Secondo la prima impostazione, le società a partecipazione pubblica sarebbero soggette al medesimo regime di disciplina delle società di capitali a partecipazione privata, sul presupposto che alle stesse si applica lo statuto comune della società per azioni, salvo quanto disposto dall'articolo 2449 del codice civile.

Sulla base del secondo orientamento, c.d. "pubblicistico", si tratterebbe di società sottoposte ad una disciplina legislativa speciale che ne caratterizza in senso pubblicistico la natura, imponendo il perseguimento di un determinato fine pubblico, la cui permanenza è resa indisponibile alla volontà degli organi deliberativi e ciò proprio in considerazione della rilevanza degli interessi pubblici perseguiti.

Al di là della contrapposizione delle due visioni cui si è fatto cenno, la scelta della forma societaria ha comportato la necessità di conciliare la struttura tipica delle società, imperniata sul fine di lucro, con l'interesse pubblico che si intende realizzare¹⁶. È compito del legislatore valutare le differenze e far convergere, in una adeguata disciplina, la risoluzione di criticità che possono insorgere¹⁷.

15 Cfr. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 353 e ss.

16 F. NICOTRA, *Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici*, in www.diritto.it, pubblicato il 12 giugno 2015.

17 P. JORI, *Le società pubbliche nell'ordinamento amministrativo vigente*, in *relazione della Regione Lazio, Dipartimento Istituzionale, Direzione regionale affari legislativi, Area "Studi e salvaguardia delle competenze normative della Regione – Biblioteca giuridica*, 2008, 4 e ss.

In ogni caso, il panorama delle società a partecipazione pubblica è caratterizzato dalla eterogeneità della partecipazione diretta e indiretta, dovendosi distinguere tra partecipazioni detenute dallo Stato attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze, partecipazioni delle amministrazioni locali e partecipazioni di altri soggetti pubblici.

Tali imprese partecipate si presentano in forma di società di capitali, ossia come società per azioni o società a responsabilità limitata. Questa veste viene adottata o perché imposta da una norma di legge speciale o singolare o perché diviene frutto della scelta del socio pubblico¹⁸.

La materia delle società a partecipazione pubblica è stata, nel tempo, oggetto di un complesso di interventi che, da una parte, ha disciplinato diritti speciali del socio pubblico e regolato il suo comportamento come azionista e/o quotista, garantendogli poteri speciali di nomina e un peso particolare non proporzionato alla partecipazione oltre che limiti alla circolazione delle azioni, ritenuti compatibili con il modello societario; dall'altra, ha introdotto vincoli legislativi sulla composizione azionaria o sull'oggetto sociale o poteri di direttiva o di approvazione di modifiche e di atti di gestione, al contrario, non sempre in armonia con il modello societario generale¹⁹ in quanto diretti ad un'alterazione dei poteri dell'assemblea e del consiglio di amministrazione.

Negli ultimi tempi, poi, il legislatore ha integrato la disciplina delle società pubbliche, prevedendo la creazione di organismi di controllo aggiuntivi rispetto a quelli già ordinariamente previsti, e introducendo meccanismi di contenimento della spesa e degli sprechi, diretti a limitare la costituzione delle società pubbliche o l'entità degli emolumenti o il numero degli incarichi e dei componenti degli organi sociali²⁰. Sono coerenti con tale impostazione le discipline anticorruzione²¹ e sulla trasparenza²², intese a rafforzare i controlli, le procedure e le verifiche; strumenti che, d'altro canto, hanno

18 C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2015 (I), p.410.

19 G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.

20 Interventi previsti nelle c.d. leggi Finanziarie 2007 e 2008, l. 27.12.2006, n. 296, art. 1; l. 24.12.2007, n. 244, art. 3.

21 Legge n. 190 del 6 novembre 2012.

22 Legge n. 33 del 14 marzo 2013.

comportato un rallentamento della gestione in danno della realizzazione dell'oggetto sociale.

Tali singoli interventi, spesso diretti anche ad inserire discutibili clausole statutarie che assegnano poteri esterni, hanno inoltre minato il principio della tipicità delle società, in base al quale al perimetro delle società private appartengono tipi individuati e che esclude che possano costituirsi organizzazioni atipiche.

Sulla scia del proliferare delle società pubbliche e dell'interesse del legislatore a regolare con profili singoli di specialità le società commerciali, si è affermata la posizione di quella giurisprudenza²³ che ha diviso le società a partecipazione pubblica in due raggruppamenti. Il primo è quello afferente alla società pubblica in generale, intesa come quella costituita o partecipata da enti pubblici per il perseguimento delle finalità pubbliche, che può essere definita come società di diritto privato a tutti gli effetti anche ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile quale soggetto autonomo e distinto rispetto ai suoi organi e ai suoi soci con un proprio patrimonio. In tali società, lo Stato o altro ente pubblico detiene la titolarità dell'intero pacchetto azionario o di rilevanti quantitativi di esso e interviene attraverso l'esercizio dei diritti dell'azionista in assemblea. Queste società non rientrano nel perimetro della pubblica amministrazione e operano nel mercato in concorrenza con le imprese private.

Il secondo raggruppamento è quello delle c.d. "semi-amministrazioni"²⁴. Si tratta di realtà che, pur presentandosi sotto forma di società, sono, per le funzioni che svolgono, nella sostanza quasi-amministrazioni²⁵. Proprio in ragione di questa particolare natura giuridica sono assoggettate a vincoli e controlli di carattere pubblicistico. A tale raggruppamento appartengono tre categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività di impresa con scopo lucrativo:

a) il modello di società *in house*, diffuso tra gli enti locali, che consente l'affidamento diretto dei servizi pubblici, in deroga ai principi dell'evidenza pubblica e il cui vincolo

²³ Cass., 25 novembre 2013, n. 26283.

²⁴ ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008.

²⁵ CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni* in Convegno organizzato da ASSONIME e dall'università LUISS "Guido Carli" su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Roma, 13 maggio 2009.

con l'amministrazione dovrebbe intendersi tanto forte da identificarla come un "ufficio" della stessa amministrazione partecipante e tale da condurre all'annullamento della sua personalità giuridica e autonomia patrimoniale;

b) le società a cui vengono attribuite le funzioni pubbliche, che sono assimilate agli organismi di diritto pubblico, cioè quegli organismi istituiti per soddisfare esigenze di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale²⁶ e finanziati in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici²⁷; sono assimilate a tali organismi anche per quanto riguarda l'applicazione delle regole sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture;

c) le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da autorità amministrative e, in particolare, le società costituite da amministrazioni regionali e locali; si tratta di società a partecipazione pubblica che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di rilevanza pubblicistica.²⁸

Passando ora ad affrontare il tema della disciplina giuridica delle società a partecipazione pubblica, bisogna evidenziare il ruolo fondamentale del Testo Unico sulle società pubbliche approvato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, con cui il Governo ha dato attuazione a una delle deleghe contenute nella cosiddetta "riforma Madia"²⁹ della pubblica amministrazione.

In particolare, con legge Madia (L. 7 agosto 2015, n. 124) il legislatore ha provveduto, con l'art. 18, al "riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche". La relativa delega legislativa è stata conferita per il perseguimento di due obiettivi principali: il riordino della disciplina e la riduzione del numero delle società pubbliche.

26 La giurisprudenza comunitaria e nazionale ammettono che tali società perseguano finalità commerciali quando queste affiancano la tutela di interessi fondamentali per la collettività in seno a un medesimo soggetto.

27 Sono ricompresi in tale categoria anche enti e società sottoposti al controllo di soggetti pubblici oppure di soggetti il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri designati in maggioranza dai predetti soggetti.

28 M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra il diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, 2010, 2 e ss.

29 Legge n. 124 del 7 agosto 2015 pubblicata nella Gazz. Uff. 13 agosto 2015, n. 187

Il riordino della disciplina si è reso necessario perché, fino all'introduzione del Testo Unico, la materia era regolata in modo frammentario e incoerente visti i numerosi interventi normativi che si erano succeduti nel tempo e che avevano dato luogo ad un regime giuridico di difficile applicazione, recante un basso grado di attuazione ed effettività.

La riduzione del numero delle società pubbliche è stata perseguita come reazione ai numerosi abusi del modello societario da parte delle pubbliche amministrazioni, le quali hanno sfruttato tale modello per la costituzione di società sostanzialmente inattive con numerose disfunzioni e con bilanci cronicamente in perdita, fonte continua di ingenti spese per lo Stato.

La definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 175/2016 è solo apparentemente un'operazione semplice: l'art. 1, c. 1, del decreto chiarisce infatti che esso si applica alla *“costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché 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”*.

A ben vedere, la tecnica normativa utilizzata dal d.lgs. n. 175/2016 ha obbligato, in ogni caso, a un supplemento di analisi per identificare correttamente quali società a partecipazione pubblica siano effettivamente soggette alle norme in esso contenute e quali no.

Le disposizioni del decreto hanno condotto, infatti, a un'articolata classificazione delle società pubbliche, che è di seguito sinteticamente riportata:

- a) società a partecipazione pubblica che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, possono essere costituite o, se esistenti, nelle quali può essere mantenuta la partecipazione;
- b) società a partecipazione pubblica esistenti che possono essere mantenute indipendentemente dal loro oggetto sociale, perché nominalmente individuate nell'Allegato A del decreto;
- c) società “quotate” (definite dalla lett. *p*) dell'art. 2 del d.lgs. n. 175/2016 come *“le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno 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”);

d) società che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, non possono essere costituite e devono essere dismesse, liquidate o comunque interessate da un procedimento di alienazione delle partecipazioni.

Rispetto a questa schematizzazione, va sottolineato che le società di cui alle lettera *a* e alla lettera *b* ricadono nell’ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016; pertanto, le società nominalmente incluse nell’Allegato A di cui alla lettera *b*³⁰ non sono, per questo, sottratte all’applicazione del decreto: semplicemente, esse possono sopravvivere indipendentemente dalla verifica di rispondenza delle loro finalità a una delle categorie che il decreto stesso individua quale presupposto necessario per l’ammissibilità di una società pubblica.

Invece, le società che, non rispondendo a quelle finalità, non sono consentite (nel senso che ne è divenuta vietata la costituzione e, ove costituite, sono necessariamente soggette a dismissione) rientrano nell’ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 solo nella parte in cui, appunto, sono destinatarie degli obblighi di dismissione, mentre, com’è ovvio, le norme in materia di *governance*, di personale e, in generale, che disciplinano l’operatività della società non saranno ad esse applicabili atteso che tali società non possono più sussistere come società a partecipazione pubblica.

Infine, le “società quotate” (nella definizione che di esse è data dall’art. 2 del d.lgs. n. 175/2016)³¹ sono formalmente ricomprese nell’ambito soggettivo di applicazione del decreto, ma, nella sostanza, ciò si traduce nella soggezione di queste società soltanto a due norme³² (la cui incidenza è peraltro molto poco significativa).

30 Si tratta delle seguenti: Coni Servizi, EXPO, Arexpo, Invimit, IPZS, Sogin, Gruppo ANAS, Gruppo GSE, Gruppo Invitalia, Gruppo Eur, FIRA, Sviluppo Basilicata, Fincalabra, Sviluppo Campania, Gruppo Friulia, Lazio Innova, Filse, Finlombarda, Finlombarda Gestione SGR, Finmolise, Finpiemonte, Puglia Sviluppo, SFIRS, IRFIS-FinSicilia, Fidi-Toscana, GEPAFIN, Finaosta, Veneto Sviluppo, Trentino Sviluppo, Ligurcapital, Aosta Factor, FVS SGR, Friulia Veneto Sviluppo SGR, Sviluppumbria, Sviluppo Imprese Centro Italia - SICI SGR (elenco successivamente ampliabile con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri).

31L’art. 2, c. 1, lett. p), del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che, ai fini di quanto in esso disposto, si intendono per “società quotate” sia “*le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati*”, sia “*le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati*”, nonché “*le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche*”.

32 Alle “società quotate” si applicano, pertanto, soltanto gli artt. 8 e 9 del decreto, riguardanti – rispettivamente – l’organo competente e le modalità per l’acquisizione di partecipazioni in società già costituite (ma solo se l’operazione comporta l’acquisto della qualità di socio) e l’individuazione dee dell’organo competente all’esercizio

L'insieme delle modifiche alla *governance* introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 ha concorso a definire quello speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica che è derivato da limiti e deroghe che il decreto ha stabilito alla possibilità, da parte delle amministrazioni pubbliche, di utilizzare gli istituti societari civilistici; si può, quindi, ammettere che il generale principio dell'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche (nell'adozione di atti non autoritativi) abbia subito una radicale compressione: le amministrazioni pubbliche non possono più, infatti, costituire società, o parteciparvi, “*secondo le norme di diritto privato*” (come stabilisce, in generale, l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990), dovendo all'occorrenza utilizzare le norme – speciali – del d.lgs. n. 175/2016. Il primo indice di questo *status* speciale si rinviene nei limiti alla forma che possono assumere le società a partecipazione pubblica: ai sensi dell'art. 3 del decreto, 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. Le altre forme societarie restano, perciò, precluse.

Il Testo Unico ha adottato un criterio rigido, circoscrivendo i casi in cui le partecipazioni societarie sono consentite alle amministrazioni pubbliche alle sole ipotesi in cui si è in presenza di una buona ragione di interesse pubblico, tra quelle indicate dall'articolo 4 del Testo Unico.

Il limite previsto dal primo comma dell'articolo 4 viene tradizionalmente indicato come il c.d. vincolo di scopo³³, proprio perché impone che lo scopo perseguito dalle pubbliche amministrazioni sia coerente con quello perseguito dall'ente partecipante e che l'operato delle società sia “*strettamente necessario*” al perseguimento delle finalità proprie delle amministrazioni che vi partecipano.

Lo stesso articolo 4 pone, poi, al secondo comma, un ulteriore limite definito come il c.d. vincolo di attività³⁴, in base al quale le società in cui possono partecipare le amministrazioni possono svolgere “*esclusivamente*” determinate attività, tassativamente elencate nel secondo comma.

dei diritti del socio.

33 Cfr. MATALUNI, F., *Le società a partecipazione pubblica: limiti di scopo e di attività*.

34 V. nota 27.

Secondo le disposizioni del Testo Unico, le partecipazioni pubbliche servono non a svolgere attività d'impresa, ma a perseguire finalità di interesse pubblico. Ciò che emerge da tale disciplina è una connotazione alquanto pubblicistica delle società partecipate, che giustifica un regime di regole e vincoli che obiettivamente allontanano le società pubbliche da quelle private.

1.3 Cenni comparatistici

Pur nella varietà dei contesti e con percorsi legati alla specificità di ciascuno Stato, il fenomeno delle privatizzazioni e delle nazionalizzazioni ha interessato gran parte dell'Unione Europea.

Il fenomeno delle nazionalizzazioni ha comportato il passaggio della gestione di alcune attività dal soggetto privato al soggetto pubblico. Attraverso le nazionalizzazioni lo Stato ha gestito i servizi pubblici essenziali, salvando, in molti casi, le imprese private dalla crisi ed ha diretto e garantito il funzionamento di tali servizi. Tale fenomeno si è reso necessario in particolare in quei settori in cui i servizi dovevano essere garantiti, anche se troppo gravosi o poco convenienti per le imprese private; ciò poteva essere assicurato solo da un intervento da parte dello Stato.

Tuttavia, i rischi e le criticità derivanti dalla gestione di servizi da parte del solo Stato in un mercato quindi non concorrenziali si sono fatti ben presto sentire ed è per questo che il fenomeno delle nazionalizzazioni ha lasciato il posto a quello "inverso" delle privatizzazioni³⁵.

Come già accennato, la privatizzazione è nata per rimediare ai danni provocati dall'inefficienza delle aziende pubbliche, nella maggior parte dei casi incapaci di offrire alla collettività un servizio adeguato con riferimento ai prezzi e ai costi³⁶. Questo fenomeno ha permesso di trasferire anche nel settore dei servizi di pubblica utilità la cultura manageriale orientata al mercato e alla competitività. In tal modo il mondo delle imprese pubbliche si è avvicinato a quello delle imprese private, per le quali la produzione di beni o l'erogazione di servizi ha rappresentato solo il mezzo attraverso il quale raggiungere il fine del profitto economico.

35 FONTANA D., *Storia delle nazionalizzazioni*, Roma, 1985.

36 CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?* In *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996.

In verità, l'avvio delle privatizzazioni non ha avuto come unica ragione l'inefficienza delle aziende pubbliche. Un input di grande rilevanza è stato rappresentato dalle politiche comunitarie che hanno promosso i valori del libero mercato e della concorrenza. Infatti, in tale ottica sono stati visti, come fattori distorsivi della concorrenza, l'indebitamento delle imprese pubbliche e le conseguenti garanzie illimitate sui debiti di tali imprese da parte dello Stato³⁷. Inoltre, l'adesione ad un mercato unico europeo e la crescente integrazione economica tra gli Stati membri fino all'introduzione di una moneta unica hanno fatto venir meno molte forme di regolamentazione nazionale ed imposto il rispetto di rigidi parametri in materia di bilancio. Un ruolo rilevante ai fini dell'avvio del processo di privatizzazione è stato peraltro svolto dalla direttiva CEE del 25 giugno 1980, n. 723, sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche nazionali. Tale provvedimento, mirando a distinguere «*il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico e il ruolo dello Stato in quanto proprietario*»³⁸, ha imposto agli Stati membri di evidenziare i flussi finanziari attivi e passivi e dunque l'ammontare dei fondi pubblici erogati alle imprese, nonché di dar conto della loro utilizzazione effettiva. L'intervento comunitario ha così condizionato fortemente il modo di essere dell'impresa pubblica sul mercato e ha determinato il superamento del sistema delle partecipazioni statali, fondato sul rapporto di dipendenza finanziaria delle stesse.

Tra le ragioni della privatizzazione si è collocato anche l'obiettivo di ridurre il debito pubblico come di fatto avvenuto in vari ordinamenti europei.

Accanto a tali fattori, se ne sono affiancati altri di tipo "ideologico", specie in paesi quali Regno Unito e Francia, ove le privatizzazioni hanno rappresentato un punto importante nei programmi dei partiti, preceduti da ampi dibattiti incentrati sulla volontà di ridurre il coinvolgimento statale nell'economia. In Italia, invece, la privatizzazione è stata in larga parte attuata in periodi privi di Governi stabili e forti come è evincibile dalla copiosa produzione legislativa susseguitasi nel tempo, frutto di compromessi e non esente da contraddizioni³⁹.

37 MINISTERO DEL TESORO, DEL BILANCIO E DELLA PROGRAMMAZIONE ECONOMICA. *Libro bianco sulle privatizzazioni*, aprile 2001, pp. 14-15.

38 FIMMANÒ F., *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè editore, p. 315.

39 GIUSTI, C.A., *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica: profili civilistici e di diritto comparato in Diritto dell'economia* collana diretta da PICOZZA e LENER, Giappichelli editore, Torino, 2017.

Già a ridosso del primo conflitto mondiale il ricorso allo strumento societario si era diffuso in tutti i paesi europei come una delle possibili modalità di gestione di servizi pubblici essenziali quali l'acqua, il gas, la luce o i trasporti pubblici.

In particolare, nel 1918 nel Regno Unito, Sidney Webb, economista e professore dal 1912 di *Public Administration*, si era espresso con forza in favore dell'introduzione all'interno dello Statuto del *Labor Party* del principio del controllo pubblico sui mezzi di produzione ai fini di un'equa distribuzione del reddito. Questo stesso principio è stato poi ripreso dal Partito come punto fondamentale del programma elettorale per le consultazioni politiche del dicembre del medesimo anno, le prime con suffragio esteso anche all'elettorato femminile. In altri termini i laburisti, che nei fatti avevano conseguito un convincente successo elettorale, hanno proposto un programma di *"immediate nationalisation and democratic control of vital public services"*⁴⁰.

Nel Regno Unito, dove prima dell'avvento del governo Thatcher il settore pubblico era uno dei più ampi in Europa, il programma di privatizzazioni ha avuto inizio con l'avvento dei conservatori nel 1979 e si è svolto sostanzialmente in due diverse fasi. In una prima fase, tra il 1979 e il 1983, il governo ha privatizzato prevalentemente imprese pubbliche di piccole dimensioni o che già operavano sul mercato, mentre in una fase successiva si è assistito anche alla privatizzazione di imprese di public utilities (es. British Telecom o British Gas).

Come detto, il Regno Unito è stato il primo ordinamento europeo ad introdurre non solo una significativa politica di privatizzazione delle imprese pubbliche, ma anche un meccanismo di controllo statale sulle imprese dismesse; tale sistema, contraddistinto dalla costituzione delle c.d. *Independent Regulatory Agencies* e dall'introduzione di quell'innovativa *golden share*, in seguito, ha ispirato le diverse legislazioni europee che hanno iniziato ad introdurre tali meccanismi in seno alle proprie società⁴¹.

Dopo il Regno Unito, è stato l'ordinamento francese a fare ricorso alle privatizzazioni nell'ambito dei servizi pubblici, anche se il caso della Francia presenta aspetti peculiari in conseguenza del fatto che, a distanza di poco tempo, si sono susseguite due diverse strategie di governo opposte fra loro; da un lato, il programma del governo socialista

40 FLORIO, M., *Il declino dell'impresa pubblica: cause, effetti, prospettive*, in *Dem. Dir.*, 2008, n. 1, p. 105 ss.; CASSESE, S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 6° ed., pp.153-154.

41 SCARCHILLO, G., *Dalla Golden Share alla Golden Power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2015, 619.

che ha dato vita ad un'intensa opera di nazionalizzazione, dall'altro, a breve distanza, la politica del governo di Chirac che ha avviato un esteso processo di privatizzazioni. In definitiva, la Francia ha complessivamente ceduto il controllo di aziende operanti in un contesto di mercato di tipo concorrenziale, nonché delle banche, ma, diversamente dalla Gran Bretagna, ha scelto di mantenere il controllo delle imprese di pubblica utilità. A partire dagli anni Ottanta, infatti, si è segnalata la presenza massiccia di società miste (c.d. *sociétés d'économie mixte locales*).

La privatizzazione francese ha trovato fondamento in una serie di ragioni che esprimono sia l'esigenza di tutelare alcuni profili di interesse nazionale, come i livelli di occupazione e gli investimenti, che le necessità di evitare la dipendenza della società dal capitale straniero ovvero la formazione di oligopoli o monopoli.

Sulla stregua della golden share anglosassone, il processo di privatizzazione in Francia è stato reso possibile dall'istituto dell'*"action spécifique"* (azione specifica) che legittimava il Governo ad impedire a chiunque di acquistare una quota superiore al 10% del capitale azionario; come per quella elaborata in Gran Bretagna, anche essa aveva una durata massima di cinque anni, trascorsi i quali diventava un'azione ordinaria. Nel 1993, tuttavia, il legislatore ha eliminato tale limite temporale e ha riservato al Ministro dell'Economia la possibilità di trasformare in qualsiasi momento, qualora ve ne fosse necessità, l'*action spécifique* nuovamente in azione ordinaria⁴².

A differenza di quanto fin qui visto, in Germania, dopo la fine della seconda guerra mondiale, non si sono registrate importanti nazionalizzazioni perché le imprese pubbliche allora esistenti appartenevano principalmente ai *Länder*, ai comuni e agli altri enti locali. Tale situazione è rimasta pressoché invariata fino agli anni Ottanta, allorquando la crescente ondata di liberalizzazione e la globalizzazione hanno premuto per l'apertura alla concorrenza di importanti settori economici gestiti in forma monopolistica. Successivamente, con l'insediamento del nuovo governo dei liberal-conservatori, è stata autorizzata la vendita di quote dell'industria automobilistica *Volkswagen*, dell'azienda chimica ed energetica *VEBA* e della compagnia di trasporto aereo *Deutsche Lufthansa* e in questo modo è stata realizzata la prima forma di

42 Cfr. Camera dei deputati – XVI Legislatura – Dossier di documentazione, *La disciplina della golden share in Francia e in Germania*, N. 34/I – 28 marzo 2012, A.C. 5052.

privatizzazione delle imprese pubbliche tedesche⁴³. Alla cessione delle aziende pubbliche si è pervenuti attraverso due tipi di interventi: quello di privatizzazione formale e quello di privatizzazione sostanziale. Nel primo caso, relativo alle imprese dipendenti dalle amministrazioni regionali o locali, il privato ha sostituito il pubblico mediante la costituzione di società di diritto privato in cui l'autorità pubblica rappresentava l'azionista di maggioranza. Alla privatizzazione formale sono riconducibili i casi di affidamento a privati della gestione di ospedali, teatri, strade, porti, mense scolastiche.

Il secondo caso, invece, quello della privatizzazione sostanziale, ha riguardato le imprese soggette al controllo del Governo centrale con attribuzione della responsabilità diretta delle operazioni al Ministero federale delle finanze con potere di veto sulla gestione della vendita.

Inizialmente la privatizzazione del Governo ha riguardato l'industria, le banche e le assicurazioni; poi si è estesa ai servizi postali e alle telecomunicazioni, riorganizzati in tre distinte società per azioni: *Deutsche Post*, *Postbank* e *Deutsche Telekom*. Negli anni Novanta, con la riunificazione del paese e l'indebitamento del bilancio pubblico che si andava registrando, è stata avviata un'opera di riconversione economica e industriale affidata ad un'agenzia fiduciaria di diritto pubblico istituita con legge, la *Treuhandanstalt (THA)*. Tale agenzia aveva l'obiettivo di privatizzare le aziende pubbliche dell'ex Repubblica democratica tedesca per renderle più efficienti e competitive secondo le logiche dell'economia di mercato⁴⁴.

Dal punto di vista normativo, all'ordinamento tedesco è mancata una legge quadro sulle privatizzazioni delle imprese pubbliche, ciascuna delle quali è stata regolamentata con un apposito provvedimento di vendita. Ad una specifica normativa, invece, si è fatto ricorso per istituire, nel 1948, l'Agenzia di diritto pubblico, *Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)*, creata per coordinare l'utilizzo dei fondi del Piano Marshall per la ricostruzione e il sostegno alle imprese e, in seguito, utilizzata come holding di partecipazioni destinate al mercato, presso cui sono stati collocati i pacchetti azionari di diverse società a partecipazione pubblica. La situazione aggiornata al 2015, con l'ultima

43 GASPARI F., *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici*, Torino, 2015, p. 77.

44 BARZAZI G., *La forza espansiva dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di golden share*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 3/2008, 149 ss.

relazione sulle partecipazioni statali presentata dal Ministro federale delle finanze, ha presentato oltre 100 imprese a partecipazione diretta dello Stato e circa 30 partecipazioni dirette con un capitale nominale di almeno 50.000 euro e una quota azionaria di almeno il 25%⁴⁵.

Le ipotesi di privatizzazione fin qui considerate, in ogni caso, non sono confluite in un vero e proprio progetto di ristrutturazione e di riforma, risultando piuttosto il prodotto delle iniziative dei singoli enti di gestione, orientati da logiche finanziarie e aziendali in assenza di programmi unitari e di quadri normativi chiari. Tali circostanze, in definitiva, sono risultate le cause dell'insuccesso delle privatizzazioni di quegli anni.

2. Natura giuridica e disciplina delle società in house

Le società a partecipazione pubblica possono essere ricondotte a più tipologie.

La prima è quella delle società pubbliche disciplinate integralmente dal diritto comune.

Il solo collegamento con lo Stato e gli enti pubblici è rappresentato dalla titolarità dell'intero pacchetto o di quantitativi rilevanti di azioni e si manifesta, esclusivamente, attraverso l'esercizio dei diritti dell'azionista in assemblea. Esse svolgono attività d'impresa spesso in mercati non regolamentati in concorrenza con imprese private e non rientrano nel perimetro della pubblica amministrazione.

Una seconda categoria di società pubbliche è rappresentata da società istituite e regolate in modo speciale con finalità diverse da quella di esercizio dell'attività d'impresa con scopo lucrativo e sono individuate, nel rapporto elaborato dall'ASSONIME nel 2008⁴⁶, con la denominazione di "semi-amministrazione".

Esse presentano prescrizioni puntuali o deroghe più o meno marcate rispetto alla disciplina codicistica. Quanto più il regime legislativo delle società pubbliche si allontana dagli schemi del diritto comune, tanto più queste ultime vengono attratte nel perimetro della pubblica amministrazione.

Quella che più direttamente ci interessa, ai fini del presente lavoro, è la terza tipologia di società a partecipazione pubblica, anch'essa rientrante tra le semi-amministrazioni ed è quella delle c.d. società *in house*.

⁴⁵ GASPARI F., *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici*, Torino, 2015.

⁴⁶ ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008.

Si tratta di società così strettamente legate a una pubblica amministrazione sul piano organizzativo e operativo da poter essere equiparate, in definitiva, a un ufficio interno (*in-house*, appunto) della medesima.

La società *in house* si atteggia a organo indiretto e formula organizzativa interna dell'ente pubblico. Tipicamente sono costituite in forma di società per azioni, il cui capitale è detenuto in toto, direttamente o indirettamente, da un ente pubblico che affida loro attività strumentali o di produzione. Come avremo modo di apprezzare nel proseguo del nostro lavoro, il ricorso alla costituzione di una società *in house* rappresenta una delle modalità con cui un ente può organizzarsi per erogare i servizi di gestione interna (informatica, pulizie, ecc.) o i servizi ai cittadini o alle imprese (trasporti, energia, igiene, ecc.).

Per approfondire adeguatamente la nozione di società *in house* occorre prendere le mosse dalla sua prima elaborazione a cura della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che l'ha introdotta, appunto, a proposito dell'applicazione dei principi europei in materia di affidamento di contratti pubblici e di concessioni; in particolare, la giurisprudenza comunitaria ha affrontato il tema sotto il profilo delle condizioni in presenza delle quali è ammissibile la sottrazione alle procedure di evidenza pubblica degli affidamenti di lavori e servizi in favore di società *in house*⁴⁷.

2.1 I requisiti delle società in house

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, le società *in house* si configurano se sussiste la contemporanea presenza di tre requisiti⁴⁸:

- la totale partecipazione pubblica al capitale della società;
- la sua destinazione statutaria ad operare in via esclusiva o prevalente in favore dell'amministrazione pubblica partecipante;
- l'esistenza del c.d. "controllo analogo" a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi.

⁴⁷ Corte Giustizia, caso *Teckal*, 18 novembre 1999, causa C-107/98; Corte Giustizia, caso *Econord*, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11; Corte Giustizia, caso *Stadt Hall*, 11 gennaio 2005, causa C-26/03; Corte Giustizia, caso *Coname*, 21 luglio 2005, causa C-231/03; Corte Giustizia, caso *Jean Auroux*, 18 gennaio 2007, causa C-220/05; Corte Giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371/05; Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04.

⁴⁸ Corte Giustizia, caso *Teckal*, 18 novembre 1999, causa C-107/98 in www.altalex.com

Nelle prime sentenze, specificamente quelle che sono intervenute dalla fine del 1990 al 2005⁴⁹, la Corte di Giustizia ha individuato, progressivamente, criteri significativamente ampi, proprio per rifuggire da specificazioni più rigide nella considerazione che il fenomeno, in un primo momento, era stato ritenuto circoscritto e, per così dire, limitato. È con la sentenza “*Teckal*”⁵⁰ che vengono codificati i due requisiti rivelatori della sussistenza di tale rapporto di delegazione interorganica.

I due requisiti, del controllo analogo e del prevalente svolgimento dell’attività da parte del soggetto aggiudicatario in favore dell’ente controllante, ancorché non dettagliatamente declinati, sono stati oggetto di una interpretazione restrittiva, proprio in ragione della eccezionalità dell’*in house providing*.

È solo a partire dal 2005, constatato il crescente ricorso a tale istituto e le possibili conseguenze che si andavano prefigurando, che la Corte ha optato per un’interpretazione più puntuale delle condizioni di ammissibilità, proprio al fine di evitare elusioni dei limiti generici indicati nelle prime pronunce.

-Per quanto riguarda il requisito del “controllo analogo”, il leading case comunitario che deve essere preso come punto di riferimento e che ha influenzato la giurisprudenza successiva, è, appunto, il caso “*Teckal*”, che ha riguardato l’affidamento senza gara effettuato dal Consiglio comunale di Viano al consorzio AGAC per la gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali.

Con la sentenza relativa a tale vicenda, infatti, la Corte di giustizia, ha individuato per la prima volta in maniera chiara, i tratti qualificanti delle società *in house*, rinvenendoli nell’assenza di un rapporto contrattuale tra l’amministrazione aggiudicatrice e la persona giuridica destinataria dell’affidamento, in quanto l’ente conferente esercita sul prestatore del servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e tale persona giuridica realizza la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti che la controllano.

La Corte ha ritenuto che la mancanza di autonomia sostanziale del consorzio, dovuta al diritto di intervento dei soci partecipanti negli atti di maggior rilievo afferenti il consorzio, non consentisse di identificare l’affidatario come soggetto del tutto distinto

⁴⁹ Corte Giustizia, caso *Teckal*, 18 novembre 1999, causa C-107/98; Corte Giustizia, caso *Stadt Hall*, 11 gennaio 2005, causa C-26/03; Corte di Giustizia, caso *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005 in www.ius-publicum.com

⁵⁰ Corte Giustizia, caso *Teckal*, 18 novembre 1999, causa C-107/98 in www.altalex.com

dall'amministrazione affidante e di integrare la fattispecie tipica tutelata dalla disciplina di affidamento delle concessioni.

Ed è per la prima volta in tale sentenza che la Corte di giustizia ha affermato che la disciplina comunitaria sulla messa a gara non si applica nelle situazioni in cui vi sia un particolare controllo dell'affidante sull'affidatario.

In particolare, l'esame della Corte si è incentrato sulla necessità di verificare, sotto il profilo concorrenziale, se la persona giuridica affidataria possa considerarsi un concorrente o un soggetto coincidente con l'amministrazione pubblica. Nel diritto antitrust, infatti, convenzionalmente ciò che rileva è la soggezione specifica della controllata alle direttive della controllante ed è l'unità di indirizzo che ne deriva a comportare la considerazione unitaria. Per aversi unità di indirizzo deve, evidentemente, esserci una politica comune; il controllo deve essere concreto.

La Corte di giustizia ha confermato il proprio orientamento anche nel caso "*Econord*", rilevando ancora una volta che il *controllo analogo* "*sussiste quando l'entità di cui trattasi è assoggettata ad un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti...*"⁵¹, quindi deve trattarsi di un controllo strutturale e funzionale effettivo.

-In relazione al requisito della "partecipazione pubblica totalitaria", dopo la sentenza *Teckal* si è posto all'attenzione della giurisprudenza comunitaria anche il problema se il possesso dell'intero capitale del soggetto affidatario, che abbia veste di società per azioni, possa garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione.

Numerose decisioni della Corte di giustizia⁵² hanno stabilito la necessità che la partecipazione pubblica sia totalitaria ai fini della ricorrenza dei requisiti per l'affidamento *in house*. Ove, invece, ricorra una partecipazione privata al capitale della società, ancorché minoritaria, secondo l'orientamento della citata giurisprudenza, il modello dell'*in house* deve essere escluso e diventa necessario seguire una procedura di

⁵¹Corte Giustizia, caso *Econord*, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11 in www.dirittodeiservizipubblici.it

⁵² Corte Giustizia, caso *Stadt Hall*, 11 gennaio 2005, causa C-26/03; Corte Giustizia, caso *Coname*, 21 luglio 2005, causa C-231/03; Corte Giustizia, caso *Jean Auroux*, 18 gennaio 2007, causa C-220/05 in www.altalex.com.

evidenza pubblica per l'affidamento alla società mista. Infatti, la presenza di capitale privato impedisce di considerare la società, strumento di perseguimento di interessi pubblici, come assoggettata ad uno stringente controllo analogo. L'investimento privato risponde, invero, a logiche privatistiche in potenziale e permanente conflitto di interessi con le ragioni pubblicistiche sottese alla società *in house*.

Questi principi, però, sembrano essere messi in discussione da una pronuncia della Corte di giustizia del 2008⁵³, nella quale una certa apertura al capitale privato non sembra possa escludere la sussistenza del controllo analogo ed il conseguente affidamento diretto. Alla luce di tale giurisprudenza, la presenza di soci privati nel capitale sociale non dovrebbe di per sé escludere la sussistenza del controllo analogo da parte degli enti pubblici, soci maggioritari, purché tale presenza non abbia alcuna influenza su atti e decisioni rilevanti per la società *in house*.

Di particolare rilevanza è anche la pronuncia della Corte di giustizia del 2006⁵⁴ che ha escluso la ricorrenza dell'*in house* nell'ipotesi in cui il socio pubblico partecipi indirettamente alla società, per il tramite del controllo azionario di un'altra società per azioni.

-Relativamente al terzo requisito, quello dell'attività prevalentemente dedicata al socio pubblico, la citata pronuncia dell'11 maggio del 2006 ha affrontato anche questo profilo e ha stabilito che il requisito in questione è finalizzato, in particolare, a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato in concorrenza con altre imprese.

Secondo il giudice comunitario, infatti, *“un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori. È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia*

53 Corte Giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371/05 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

54 Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04 in www.altalex.com.

*sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere*⁵⁵.

Nel precisare il principio, la Corte ha stabilito che *“occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni”*⁵⁶.

Infine, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene *“si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività”*⁵⁷.

Più di recente, la Corte di giustizia CE ha confermato che il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici; pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono. Secondo la Corte *“Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti. Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal*

⁵⁵Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04 già citata.

⁵⁶ Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04 già citata.

⁵⁷ Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04 già citata.

*fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato*⁵⁸.

L'attività prevalente è, dunque, quella principalmente destinata al socio pubblico, mentre ogni altra attività deve avere carattere marginale; l'accertamento è demandato al giudice nazionale che deve tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative che quantitative.

È interessante, a questo punto, osservare non soltanto che la società *in house* è nata come un fenomeno afferente alla disciplina antitrust e, in particolare, alla disciplina sulle procedure di affidamento degli appalti, ma anche che il successivo "riconoscimento" italiano non ha condotto alla formulazione di una disciplina delle società *in house*, ma solo alla indicazione della inapplicabilità della disciplina concorrenziale nei casi in cui l'amministrazione affidi un servizio pubblico ad una società da essa dipendente, quasi fosse un proprio ufficio.

L'assenza di un recepimento normativo interno, per lungo tempo, ha comportato che l'istituto restasse oggetto di elaborazione interpretativa, lasciando che la giurisprudenza ne forgiasse una propria formulazione giuridica.

L'elaborazione della nostra giurisprudenza si è sviluppata, quindi, sulla scia di quella comunitaria e i canoni distintivi della figura societaria sono stati calibrati sulla compresenza dei sopracitati requisiti elaborati dalla giurisprudenza europea: la totale partecipazione pubblica della società affidataria, l'assoggettamento della società ad un controllo "analogo" a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi e lo svolgimento della parte più importante della attività societaria in collaborazione o in favore dell'ente o degli enti che la controllano.

Vediamo di seguito come i tre requisiti sono stati affrontati dalla nostra giurisprudenza.

Il Consiglio di Stato ha stabilito che si ha partecipazione totalitaria pubblica anche se non vi è un solo socio pubblico, ma una pluralità di soci pubblici; si è così ritenuto che in caso di costituzione di una società per azioni con partecipazione maggioritaria sia di un comune sia di un'altra società, che a sua volta opera con capitale pubblico, si è in presenza di una società per azioni a capitale interamente pubblico⁵⁹. Argomentando a

⁵⁸ Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04 già citata.

⁵⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4771 in www.altalex.com.

contrario dall'orientamento della Corte di giustizia, la giurisprudenza nazionale ha ammesso anche la partecipazione societaria indiretta, a condizione che sia la società partecipata direttamente, che quella partecipata indirettamente, siano a totale capitale pubblico e che la partecipazione indiretta non indebolisca il requisito del controllo analogo⁶⁰.

Anche con riguardo al requisito del "controllo analogo", il Consiglio di Stato si è espresso in termini generali ed ha affermato che per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario⁶¹.

Si è anche ritenuto che il controllo analogo sia più intenso del controllo societario e si traduce in un potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività, che deve essere riferito a tutti gli atti di gestione ordinaria e straordinaria, con una ineluttabile ingerenza dell'ente pubblico⁶².

Al fine del controllo analogo si è inoltre ritenuto che devono esservi clausole o prerogative che conferiscano ai soci pubblici l'effettiva possibilità di controllo, che è attuabile non solo in chiave propulsiva o propositiva, di argomenti da portare all'ordine del giorno ma soprattutto attraverso l'esercizio di poteri inibitori rispetto a iniziative o decisioni che siano in contrasto con l'interesse del socio pubblico⁶³.

In positivo, vengono reputati indici del controllo analogo, oltre che la partecipazione totalitaria pubblica, taluni penetranti poteri di vigilanza, quali:

- l'obbligo di trasmettere mensilmente i verbali delle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, l'ordine del giorno delle adunanze del medesimo consiglio di amministrazione al sindaco ed all'assessore delle aziende ed agli amministratori della società;

60 TAR Campania-Napoli, sez. I, 30 marzo 2005 n. 2784 e Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005 n. 7345 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

61 Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168 in www.dejure.it.

62 T.A.R. Lazio-Roma, sez. II ter, 13 giugno 2007 n. 5408 in www.ilcaso.it.

63 T.A.R. Lazio-Roma, sez. II ter, 15 giugno 2007 n. 5486 in www.lexitalia.it.

- l'obbligo di trasmettere trimestralmente al sindaco ed all'assessore una relazione sull'andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servizi resi ai cittadini nonché ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati;
- i poteri di nomina e revoca di un rilevante numero di amministratori e sindaci⁶⁴.

Per quanto riguarda il controllo analogo in caso di una pluralità di soci pubblici, la giurisprudenza nazionale ha sostenuto che, in caso di società partecipate da una pluralità di soci pubblici, per assicurare il controllo analogo in capo a tutti, o si dovrà prevedere un comune organo di controllo o si dovranno prevedere stringenti poteri in capo a tutti i soci. Diversamente, ove vi fossero poteri di controllo penetranti solo in capo a taluni dei soci pubblici (quelli di maggioranza), in relazione ai soci di minoranza, potrebbe venire escluso il requisito del controllo analogo e dunque la possibilità di affidamento diretto di lavori o servizi alla società.

Anche con riferimento al requisito dell'*attività prevalente* la giurisprudenza nazionale si è adeguata a quella comunitaria. La Corte costituzionale con sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439 ha precisato che l'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa "*attiva sul mercato*", con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini, una lettura non rigorosa della espressione "*parte più importante della sua attività*" inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto *in house* alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera "*articolazione interna*" dell'ente stesso.

Una consistente attività "*esterna*" determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, di falsare il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale e dall'altro, di eludere le procedure competitive di scelta del contraente che devono essere osservate in presenza di un soggetto "*terzo*" (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente⁶⁵.

⁶⁴ TAR Puglia-Bari, sez. I, 14 aprile 2006 n. 1318 e TAR Campania-Napoli, sez. I, 30 marzo 2005 n. 2784 in www.giustamm.it.

⁶⁵ v. Corte cost., n. 439/2008 in www.camera.it.

Numerose altre pronunce del giudice amministrativo hanno recepito l'orientamento comunitario, anche se non mancano difficoltà applicative in concreto data l'incertezza caratteristica di concetti giuridici indeterminati quali quelli di attività "*prevalente*", attività "*più importante*", attività "*quasi esclusiva*", attività "*marginale*". Aperto rimane anche il problema di dare contenuto operativo al requisito dell'attività prevalentemente dedicata al socio pubblico. Se nei settori speciali l'attività prevalente deve essere pari almeno all'80 % del fatturato medio e se i settori ordinari sono connotati da minore possibilità di deroga alle regole della concorrenza, si deve concludere che nei settori ordinari l'attività prevalente debba comunque essere superiore all'80 %. Dunque, si può utilizzare un criterio quantitativo come parametro interpretativo dell'indagine qualitativa sul concetto di attività prevalente.

La giurisprudenza nazionale, nel valutare l'attività prevalente, ha preso in considerazione le attività contemplate nell'oggetto sociale, il fatturato di ciascuna di esse, la possibilità di attività extraterritoriali⁶⁶.

Sempre sulla scia della giurisprudenza comunitaria, la nostra Corte di Cassazione con la sentenza n. 26283 del 5 novembre 2013 è pervenuta alla rappresentazione della società *in house* come articolazione interna della pubblica amministrazione, come *longa manus* dell'amministrazione, che rende impossibile individuare in essa, sia pur costituita in forma privata, un autonomo centro decisionale diverso dalla pubblica amministrazione. Con tale pronuncia, la Corte ha affrontato innanzitutto il tema della società pubblica in generale, intesa come quella costituita o partecipata da enti pubblici per il perseguimento delle finalità pubbliche, affermando che essa non cessa di essere una società di diritto privato, anche ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile; per essa lo Stato, per ragioni di maggiore efficienza, ha inteso assoggettarsi alla regola privata, cui resta vincolato.

La società pubblica si configura come un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto, sia rispetto ai suoi organi, sia rispetto ai soci; ha un proprio patrimonio, riferito solo ad essa e non a chi detenga la partecipazione; i suoi organi sono propriamente organi della società che assolvono ai compiti ad essi assegnati e non rivestono alcun

⁶⁶ TAR Piemonte, sez. II, 12 novembre 2006 n. 4164 in www.altalex.com.

ruolo di servizio con l'ente pubblico di riferimento e che godono di una loro autonomia, per quanto sempre riferita all'amministrazione pubblica.

La Corte ha osservato che in queste società il danno arrecato dagli amministratori al patrimonio sociale non può dirsi arrecato alla pubblica amministrazione, in quanto danno sofferto dal soggetto privato società; che gli amministratori sono sempre responsabili ai sensi degli articoli 2392 e seguenti del codice civile verso la società, i creditori e i soci e che il danno cagionato dagli organi della società al patrimonio sociale non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di danno erariale ricadente nella giurisdizione della Corte dei Conti. Di conseguenza, l'azione del procuratore contabile si può configurare nei confronti dell'organo gestorio e di controllo della partecipata pubblica solo per i danni da essi direttamente provocati all'ente pubblico partecipante e si può configurare nei confronti del rappresentante dell'ente partecipante che abbia trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione pubblica.

Situazione del tutto differente è quella delineata dalla Corte di Cassazione, sempre in occasione della propria pronuncia del 5 novembre 2013, con riferimento alle società *in house*, per le quali il vincolo con l'amministrazione sarebbe talmente forte da annullare i precetti societari. Come le società pubbliche, le società *in house* sono partecipate da soggetti pubblici e svolgono attività rivolte esclusivamente alla soddisfazione di un interesse pubblico, ma ciò che caratterizza le società *in house* rispetto a quelle pubbliche è il fatto che le *in house* sono sottoposte ad un controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione nei propri uffici. Il controllo che l'amministrazione pubblica esercita sulla società è talmente invasivo e completo da andare al di là del coordinamento che normalmente spetta alla capogruppo e riconducibile all'articolo 2497 del codice civile, proprio per la conseguenza di un annullamento totale dell'autonomia gestionale della società pubblica partecipata, la quale non potrebbe disattendere le indicazioni e direttive dell'amministrazione pubblica, neppure se le stesse fossero contrarie all'interesse della partecipata. La società *in house* non ha un proprio centro di imputazione diverso da quello della partecipante pubblica, i suoi organi di gestione sono totalmente subordinati rispetto all'amministrazione che li ha nominati, non ha autonomia decisionale e il suo patrimonio è parte dello stesso patrimonio dell'amministrazione. La Corte ha rilevato che la distinzione tra il

patrimonio dell'ente partecipante e quello della società *in house* non si concretizza in una distinta titolarità.

Da tutto ciò deriva che eventuali danni arrecati dagli amministratori al patrimonio della società sono pur sempre riconducibili all'ente pubblico. Si tratta, dunque, di un danno erariale che rientra nella giurisdizione della Corte dei conti sulla relativa azione di responsabilità. Ciò avviene con esclusivo riferimento alle società *in house* e non è riferibile a nessun'altra società pubblica.

Nella sentenza di cui sopra le Sezioni Unite hanno affermato, relativamente al requisito del controllo analogo, che *“quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica. L'espressione «controllo» non allude perciò, in questo caso, all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale”*. Alla luce di tali considerazioni, i giudici della Suprema Corte sono giunti alla nota conclusione, secondo cui *“ 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”*, e *“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”*.

2.2 Le società *in house* nel Codice dei contratti pubblici

Alla luce dei presupposti elaborati negli anni dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia di affidamenti diretti, il nuovo Codice dei contratti pubblici⁶⁷ ha recepito gli articoli 12 e 13 della direttiva 2014/24/UE, l'articolo 28 della direttiva 2014/25/UE e l'articolo 17 della direttiva 2014/23/UE, escludendo dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici gli affidamenti *in house* nell'ambito del settore pubblico.

I requisiti europei legittimanti gli affidamenti diretti *in house*, in deroga alle regole ordinarie di affidamento dei contratti pubblici d'appalto, sono trasfusi nell'articolo 5 del Codice sopracitato che elenca le condizioni in presenza delle quali una concessione o un appalto pubblico non rientrano nell'ambito di applicazione del Codice stesso: *“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”.

Per quanto riguarda il requisito del controllo analogo, il secondo comma dell'articolo 5 prevede che *“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*

⁶⁷D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore".

La definizione di controllo analogo riprende, senza particolari integrazioni, quella della Direttiva n. 2014/24 sugli appalti pubblici, che si esprime esattamente negli stessi termini.

Il semplice controllo è quello riferibile al codice civile e, secondo quanto disposto dalla norma, può sussistere anche quando le decisioni finanziarie e strategiche siano rimesse al consenso unanime delle parti. Il controllo analogo, come già accennato in precedenza, è quello che comporta un controllo qualificato consistente in un'"*influenza determinante*" sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. La norma stabilisce che l'amministrazione pubblica deve essere in posizione tale da esercitare un'*influenza determinante*, non "*dominante*", come recita l'articolo 2359 del codice civile. Si tratta di una posizione di potere tale per cui il socio pubblico possa effettivamente determinare gli obiettivi strategici e le decisioni significative della società affidataria. Detto potere di determinazione viene delimitato e riferito a fattispecie particolari, ossia agli obiettivi strategici e alle decisioni significative della società affidataria. Quindi, l'ambito di intervento del socio pubblico riguarda tutte quelle decisioni che si riflettono sul disegno iniziale, che possono minacciarlo, integrarlo o modificarlo.

I commi 4 e 5 dell'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevedono che il controllo analogo sussiste anche quando le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano tale controllo in forma congiunta. Sul tema del "controllo congiunto", anch'esso previsto dalla Direttive UE n. 23, 24 e 25 del 2014, si era già più volte espresso anche il Consiglio di Stato⁶⁸ sostenendo che il controllo analogo è assicurato anche se non viene esercitato individualmente da ciascun socio, purché tale controllo sia effettivo e i soci pubblici agiscano unitariamente.

Secondo il nuovo Codice dei contratti pubblici si ha "controllo congiunto" quando vengono soddisfatte contemporaneamente le seguenti condizioni:

"a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori

⁶⁸Consiglio di Stato, sentenze nn. 1365/2009, 5082/2009, 7092/2010, 1447/2011, 1801/2014.

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”.

Il requisito della prevalenza dell'attività è da ritenere soddisfatto quando “*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*”; il rispetto di tale requisito deve essere valutato facendo riferimento al fatturato totale medio o ad 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.

L'unica innovazione della normativa rispetto alle previsioni vigenti si è avuto con riferimento al requisito della totale partecipazione pubblica nella parte in cui prevede la partecipazione di capitali privati, recependo pienamente la disciplina europea. La lettera c del primo comma dell'articolo 5 prevede, infatti, che “*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*”. La partecipazione al capitale di soci privati è ammessa, esclusivamente, se prevista dalla legislazione nazionale e se i soggetti privati ricoprono il ruolo di meri soci finanziatori, senza alcuna ingerenza nelle scelte strategiche e gestionali.

2.3 Le società in house nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

La disciplina delle società *in house* va ulteriormente integrata con le disposizioni previste nel Testo unico sulle società pubbliche approvato con d.lgs. n. 175/2016.

L'avvento di tale decreto legislativo ha, di fatto, formalizzato il fenomeno sociale con la previsione scolpita all'articolo 16 del testo normativo. Il Testo unico, per il perseguimento degli obiettivi cui si è già fatto riferimento in precedenza, ha introdotto alcune previsioni specificamente dedicate alle società *in house*, volte, da un lato, a disciplinare le condizioni di affidamento diretto di contratti pubblici e, dall'altro, a rendere compatibile la normativa sulle società di capitali con l' "assetto organizzativo" caratterizzante tale peculiare figura societaria.

Le società *in house* sono definite, all'interno del Testo unico, dall'articolo 2, comma 1, lettera o), come *"le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto"*.

A differenza della giurisprudenza europea e nazionale e anche del nuovo Codice dei contratti pubblici, la definizione di cui all'articolo 2, co.1, lett. o), invece, si concentra su uno solo dei tre requisiti: quello del controllo analogo. Di tale requisito recano specifiche definizioni la lettera c e la lettera d dello stesso articolo 2.

Nel Testo unico la nozione di controllo analogo ha trovato la sua prima definizione normativa al di fuori della disciplina dell'affidamento di contratti pubblici. Per quanto riguarda la definizione, il Testo unico ha riprodotto letteralmente l'articolo 5 del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, il comma 2 relativamente al concetto di controllo analogo e il comma 5 relativamente al concetto di controllo analogo congiunto. L'articolo 2 definisce, infatti, alla lettera c) il controllo analogo come *"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"* e alla lettera d) il controllo analogo congiunto come *"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"*.

Gli elementi identificativi della società *in house* sono stabiliti dall'articolo 16 del Testo unico che al primo comma dispone che *"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". Il tenore letterale della norma lascia intendere che il Testo unico consideri ammissibile la partecipazione privata, quando tale partecipazione sia prevista dalla legge e non sia di maggioranza ovvero di controllo, o, comunque, seppure di minoranza, non si riveli decisiva attraverso il possibile esercizio di poteri di veto. La disposizione ha tenuto conto di quella pronuncia del giudice comunitario del 17 luglio 2008, cui si è fatto cenno in precedenza, che ha riconosciuto che per aversi il controllo sulla "affidataria" non è essenziale che il partecipante pubblico sia titolare dell'intero capitale né che il capitale sia posseduto da un solo socio pubblico.

La Direttiva sugli appalti pubblici⁶⁹ ha ammesso, infatti, che vi sono casi in cui la partecipazione privata è necessaria e che rimane ferma la legittimazione a procedere ad affidamento diretto quando il privato non consegue alcun controllo o un potere di veto o l'esercizio di un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.

La disposizione ha recepito anche il modello recentemente codificato dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale, tuttavia, si registra una differenza di non poco conto. L'art. 16 prevede, infatti, che le società *in house* possono essere destinatarie di affidamenti diretti da parte delle amministrazioni partecipanti solo se non vi è 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*".

L'eccezione che consente l'ingresso di capitali privati risulta confermata dal menzionato art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale, tuttavia, contiene una modifica, ben evidenziata dall'enfasi nella citazione che precede: nell'art. 5 la stessa eccezione è infatti riferita al caso in cui la partecipazione di capitali privati sia "*prevista da norme di legge*".

A ben vedere, l'effetto della norma contenuta nel d.lgs. n. 175/2016 è quindi restrittivo: la presenza di capitali privati nelle società *in house* non sarà più ammessa nel caso in cui

⁶⁹ Direttiva n. 2014/24/UE del 26.2.2014.

esista una disposizione normativa che la facoltizzi, dovendosi invece rinvenire una norma che la imponga (caso, invero, non facilmente realizzabile).

L'articolo 16, comma 3, prevede che *“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 e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia 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”*. La locuzione ha ripreso quella comunitaria, in particolare la più volte citata Direttiva n. 24/2014 sugli appalti pubblici, e ha rappresentato una grande innovazione rispetto all'orientamento comunitario iniziale che, sempre nell'ottica di favorire la concorrenza, riteneva che l'attività dell'affidataria dovesse essere totalmente diretta alla soddisfazione dei compiti affidati, in un'ottica di totale appartenenza della *in house* all'amministrazione partecipante e del suo pieno asservimento ai bisogni della stessa e nel senso di indicazione di certezza dei limiti imposti.

L'articolo 16, tenendo conto dei nuovi limiti ufficiali stabiliti dalla Direttiva sugli appalti, prevede il limite dell'80% del fatturato.

Di particolare importanza è la previsione in base alla quale il superamento di tale limite è consentito solo a condizione che lo stesso permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società; previsione che costituisce un limite ulteriore, non richiesto dalla disciplina comunitaria, all'attività della *in house*.

In conclusione, l'affidataria può dedicarsi ad altro purché sia oggetto di valutazione specifica economica e sia coerente con la missione di risparmio di spesa e con il carattere di economicità, efficacia e con il buon utilizzo delle risorse pubbliche perseguiti dalla riforma.

La prospettiva di una sia pur limitata apertura della società *in house* al mercato o comunque la possibilità di destinare parte della propria attività a soggetti diversi rispetto all'ente pubblico affidante sembra presupporre una sua attitudine ad essere gestita secondo la logica efficientistica tipica di qualsiasi attività imprenditoriale volta al perseguimento di un fine di lucro.

3 Finalità e convenienza economica del modello delle società in house

È ben chiaro che le società *in house* costituiscono la risposta dell'ordinamento ad una situazione di compromesso.

Invero, la reazione del sistema giuridico è derivata dalla necessità di bilanciamento e convivenza tra la libertà organizzativa dell'ente affidatario e l'esigenza del rispetto dei criteri di matrice europea a tutela della concorrenza (come i canoni di proporzionalità, non discriminazione, libera circolazione sottesi al principio della gara pubblica).

In questo senso, l'efficienza dei mercati è il centro motore dello sviluppo sociale e della sostenibilità economico-finanziaria dell'Unione Europea. Essa non può che essere garantita da un corretto funzionamento del sistema degli scambi e assicurata attraverso il rispetto dei principi che regolano la concorrenza, con riferimento agli operatori economici sia nazionali che stranieri ed europei.

Le società *in house*, come già accennato in precedenza, sono nate nel diritto europeo proprio con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della "concorrenza per il mercato" mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici.

Condizione essenziale e legittimante la modalità di gestione *in house* è l'assenza di sostanziale distinzione soggettiva tra affidante e affidatario, in modo tale che non si possano considerare "parti" contrattuali contrapposte e, di conseguenza, non vi sia un vero ricorso al mercato.

Il modello in argomento è stato riconosciuto, pacificamente, come uno dei possibili per la gestione dei servizi pubblici locali anche dalla giurisprudenza amministrativa che, ormai in modo diffuso, ha ritenuto che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possano essere gestiti, indifferentemente, mediante:

- il mercato, ossia individuando il soggetto affidatario all'esito di una gara ad evidenza pubblica;
- il c.d. partenariato pubblico-privato, ossia per mezzo di una società mista e, quindi, con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio;

- l'affidamento diretto *in house*, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo.

Dunque, l'affidamento diretto *in house*, piuttosto che ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali, costituisce invece una delle tre normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla modalità di gestione costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale.

Fin dall'inizio, la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea⁷⁰ ha riconosciuto che le autorità pubbliche, nell'esercizio del loro potere di "auto-produrre" beni, servizi o lavori, possono servirsi anche di soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimi da una "relazione organica", senza dover ricorrere ad operatori economici da reperire attraverso il riferimento al "mercato esterno".

Alla luce di tale ultimo orientamento, il meccanismo dell'affidamento diretto a soggetti *in house* deve, però, impedire che esso si risolva in pregiudizio del corretto funzionamento del mercato, vieppiù nella violazione di quanto disposto dal Trattato, a tutela della concorrenza, secondo il principio del pari trattamento tra imprese pubbliche e private, sancito dall'art. 295 del Trattato CE.

Tale finalità è stata perseguita ponendo il limite del "controllo analogo" e dell'"attività prevalente"; infatti, se un operatore privato è sottoposto ad un controllo gestionale talmente pervasivo da parte del socio pubblico da essere "analogo" a quello che quest'ultimo esercita sui propri uffici e se lo stesso operatore esercita la parte più importante della propria attività a favore del socio pubblico controllante, non viene in rilievo l'esigenza di tutela della concorrenza poiché si sta operando al di fuori del perimetro del mercato e cioè all'interno della stessa amministrazione.

"Controllo analogo" e "attività prevalente" sono i due requisiti che permettono di disegnare i limiti entro i quali si può parlare di attività di "autoproduzione" da parte della società *in house* e entro i quali l'amministrazione può compiere procedure di affidamento diretto a favore dell'operatore controllato senza ricorrere alla gara.

Di tanto ha tenuto conto anche l'articolo 7 dello schema di decreto legislativo recante: "Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale", in attuazione

⁷⁰ Corte Giustizia, 11 gennaio 2005, causa C-26/03 già citata.

della legge di riforma n. 124 del 2015 (artt. 16 e 19), secondo cui, qualora l'amministrazione valuti che il servizio di interesse economico generale debba essere direttamente preso in carico dalla stessa amministrazione ovvero affidato, può utilizzare quattro differenti forme di gestione, tra le quali l'*in house*, precisamente mediante:

- affidamento mediante procedura di evidenza pubblica secondo le disposizioni in materia di contratti pubblici;
- affidamento a società mista il cui socio sia scelto con procedura di evidenza pubblica in ossequio alla disciplina comunitaria ed a quella contenuta nel decreto delegato sulle società partecipate di cui all'art. 18, l. 124/2015;
- affidamento *in house* nel rispetto della disciplina comunitaria e di quella in materia di contratti pubblici e di società partecipate;
- nel caso di servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante azienda speciale.

Allo stesso modo, il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) ha individuato quale finalità tipica delle società *in house* l'*“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;”* (art. 4, comma 2, lett. d)). In queste ipotesi, quindi, la pubblica amministrazione ha deciso di ricorrere all'autoproduzione di beni, servizi e lavori, anziché rivolgersi al mercato rispettando procedure di evidenza pubblica (c.d. esternalizzazione, *contracting out* o *outsourcing*).

È, dunque, vero che l'affidamento *in house* rappresenta una scelta discrezionale all'interno delle possibilità previste dall'ordinamento, ma è anche vero che tale scelta deve essere eseguita sulla base di una attenta valutazione di convenienza che tenga puntualmente conto dell'analisi dei costi e della corrispondente qualità del servizio rispetto alle altre modalità di gestione.

Ad avviso dei giudici amministrativi, ogni amministrazione, prima di scegliere fra l'affidamento *in house* e il ricorso al mercato attraverso la gara pubblica, deve sempre valutare gli interessi pubblici e privati coinvolti, individuando il modello più economico ed efficiente, previo espletamento di un'istruttoria e di una valida motivazione.

Con particolare riferimento alla convenienza economica del modello di gestione, la modalità di affidamento da privilegiare dovrebbe essere quella che minimizza i costi totali attesi.

In linea di principio:

- la scelta dell'*in house* potrà essere tanto più conveniente quanto minore è la dimensione del servizio e quanto maggiore la quota di contributi pubblici;
- la scelta opposta dell'affidamento esterno può giustificarsi invece per le dimensioni della commessa ed il maggior potenziale di efficienza e di economicità;
- il ricorso alla società mista costituisce una forma intermedia che può comportare benefici comparativi, a condizione che l'assetto dei rapporti fra concedente e affidatario sia trasparente.

In ogni caso, la motivazione alla base della scelta del modello di gestione *in house* dovrà prevalentemente evidenziare quali siano le ragioni che rendono tale scelta più vantaggiosa e conveniente rispetto alle procedure di evidenza pubblica con riferimento a criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità rispetto agli obiettivi di interesse generale che le amministrazioni pubbliche intendono perseguire.

Questa valutazione comparativa tra i vari modelli, generalmente non effettuata dagli enti affidanti, è essenziale per garantire, nell'ambito dei servizi pubblici locali, l'effettiva convenienza dell'*in house*, ma soprattutto per evitare che dietro tale scelta si nascondano occulti finanziamenti alle partecipate utili solo per garantirne la sopravvivenza a danno delle casse pubbliche.

Nel panorama italiano, infatti, si è più volte verificato che le pubbliche amministrazioni, attratte dalla possibilità di esimersi dall'obbligo di procedure di gara per la selezione dei propri contraenti, hanno "strategicamente" costituito ex novo numerosissime società di capitali, dotate, per quanto possibile, di caratteristiche tali da soddisfare i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di *in house*; con la conseguenza che la scelta di tale modello è stata, frequentemente, non tanto frutto di una attenta valutazione di convenienza quanto, piuttosto, oggetto di una precisa strategia "elusiva" sempre più consapevole.

Questo processo ha avuto l'effetto di trasformare un modello di gestione, quello societario, "da strumento di aziendalizzazione in strumento di protezione e nei casi

peggiori di escamotage per eludere i c.d. patti di stabilità e le regole di contabilità pubblica⁷¹.

CAPITOLO 2

71 F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, p.31

LA FALLIBILITÀ DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*: LE POSIZIONI ASSUNTE NEL TEMPO DALLA GIURISPRUDENZA E DALLA DOTTRINA E LA SENTENZA N. 3196 DEL 7 FEBBRAIO 2017

Il primo capitolo di questo elaborato ha avuto ad oggetto lo studio della natura giuridica e della disciplina delle società a partecipazione pubblica e, in particolare, delle società *in house*. Si è voluto fornire un inquadramento dell'istituto delle società *in house*, pur trattandosi di operazione complessa data la disomogeneità e frammentarietà della disciplina e degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Tale inquadramento si è reso necessario per poter proseguire nella scrittura e nella lettura di questo secondo capitolo e per poter entrare nel vivo della discussione, affrontando più da vicino l'oggetto specifico di questo elaborato. Lo scritto si propone, infatti, di analizzare quali sono stati gli effetti della pronuncia della Corte di Cassazione n. 3196 del 7 febbraio 2017 riguardo alla fallibilità delle società *in house* e di fotografare la situazione creatasi a seguito di tale sentenza nonché i suoi possibili sviluppi.

Prima di questo, però, si ritiene necessario procedere con una analisi volta ad evidenziare come il tema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica e delle società *in house* sia stato disciplinato e affrontato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel corso degli anni.

1 La fallibilità delle società a partecipazione pubblica e delle società *in house*

Il tema dell'insolvenza delle società a partecipazione pubblica è stato per anni al centro dell'attenzione di dottrina e giurisprudenza. La difficoltà di raggiungere un orientamento univoco sul punto è sicuramente derivato, da un lato, dal fatto che l'inquadramento giuridico delle società partecipate è, ancora oggi, problema di non facile soluzione e, dall'altro, dalla mancanza di una normativa coerente ed omogenea sul tema. Le numerose lacune della disciplina hanno reso particolarmente complesso il compito di delineare i confini della natura giuridica di tali società e, conseguentemente, quello di inquadrare quali effetti causerebbero eventuali situazioni di crisi di questi enti societari.

A tal proposito, è importante ricordare che il Codice Civile dedica ora alle società con partecipazione dello Stato e degli enti pubblici una sola disposizione, cioè l'articolo

2449, secondo cui *“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. 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. 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”*. Inoltre, la Relazione al codice civile del 1942 stabilisce: *“In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente”*. Il tenore letterale di tale dichiarazione di principio lascia intendere che la decisione di utilizzare il tipo delle società per azioni comporta il dover applicare tutte le disposizioni civilistiche di riferimento. A sostegno di tale argomentazione si deve richiamare la legge 7 agosto 2012, n. 135 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, recante *“Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi al cittadino”*⁷². L'articolo 4, comma 13, di tale decreto prevede che: *“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*

72 Legge 7 agosto 2012, n. 135 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, recante *“Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi al cittadino”* in Gazz. Uff. n. 189 del 14 agosto 2012, supplemento ordinario n. 173

espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali". Dalla lettura combinata di queste due disposizioni si può desumere la volontà del legislatore di assoggettare l'iniziativa economica pubblica, esercitata in forma societaria, al diritto comune.

In ogni caso, queste previsioni, lungi dal fornire una soluzione alla questione, lasciano anzi aperto il problema delle regole in concreto applicabili nelle ipotesi di crisi delle società a partecipazione pubblica.

Gli enti pubblici sembrerebbero sottratti alla disciplina sul fallimento e sul concordato preventivo sia dal legislatore ordinario, all'art 2221 del Codice Civile, sia da quello fallimentare all'art 1 della Legge fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), che rispettivamente recitano: "*Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti in caso di insolvenza alle procedure del fallimento e del concordato preventivo salve le disposizioni delle leggi speciali*" -art. 2221 cc-; "*Sono soggetti al fallimento e alle disposizioni sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*" -art. 1 della Legge fallimentare. Questa espressa esenzione da parte del legislatore rispetterebbe la logica dell'incompatibilità tra il fine precipuo dell'attività e delle funzioni amministrative degli enti pubblici e gli effetti tipici della disciplina fallimentare, anche salvaguardando gli spazi propri dell'autorità amministrativa ed evitando la possibile interruzione del pubblico servizio da parte dell'ente.

A ben vedere però, l'art. 1 della Legge fallimentare era stato introdotto per gli enti pubblici economici e, verosimilmente, per escludere dalla possibilità di fallire tali strutture amministrative che, agli inizi degli anni Novanta, erano nate per consentire, sostanzialmente allo Stato, di svolgere attività di impresa⁷³. Si tratta di soggetti formalmente pubblici che operano in regime di diritto privato cui si applica lo statuto predisposto dal legislatore per l'imprenditore commerciale⁷⁴.

In questa prospettiva, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla possibilità di applicare l'esclusione di cui all'art. 1 della Legge fallimentare alle società a partecipazione pubblica.

73 DEL GATTO S., *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, fasc. 5.

74 È evidente la differenza rispetto alle società *in house* che costituiscono soggetti formalmente privati regolati dalla comune disciplina di diritto civile cui, in alcuni casi, si deroga in chiave pubblicistica. Quanto ai tratti distintivi tra enti pubblici economici e società *in house* si rinvia a pag. 6, cap. 1 del presente lavoro.

L'impossibilità di applicare la disciplina del fallimento, dunque, ricorre in quanto si qualifica la società partecipata come ente pubblico; se piuttosto si qualificasse come ente privato che esercita attività commerciale, sarebbe applicabile integralmente la disciplina privatistica e, conseguentemente, quella fallimentare che ne è parte.

Sotto il profilo normativo, le difficoltà di inquadrare le società a partecipazione pubblica come soggetti riconducibili al regime proprio degli enti pubblici rispecchiano quelle che si incontrano nell'identificazione degli enti pubblici stessi, anche con riguardo al tema dell'insolvenza.

Le medesime difficoltà vengono espresse dalla Corte di Cassazione che, nella sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013, ha inquadrato le società *in house* come una *species* del genere società partecipate pubbliche⁷⁵.

La qualificazione della società partecipata come soggetto privato che esercita attività commerciale o come ente pubblico evidentemente comporta in quest'ultimo caso la non assoggettabilità al fallimento della società; al contrario, se si aderisse alla qualificazione della società partecipata come soggetto privato ne conseguirebbe l'applicazione complessiva della disciplina privatistica, che include la legge fallimentare.

Facendo propria l'impostazione secondo la quale la società partecipata è inquadrabile come ente pubblico a tutti gli effetti e quindi immune dal fallimento, al creditore sarebbe sottratta la possibilità di tutelarsi attraverso gli strumenti propri dell'esecuzione concorsuale, residuandogli la sola esecuzione individuale. In questo modo si finirebbe per mettere in discussione il principio concorsuale cardine, quello della *par condicio creditorum*. Per di più, non manca un certo orientamento secondo il quale i creditori non dovrebbero fare ricorso allo strumento fallimentare per la soddisfazione dei propri interessi in quanto dovrebbero essere gli enti pubblici a farsi carico dei debiti, addirittura ipotizzando la possibilità di far valere la responsabilità del socio che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

In questo controverso scenario dottrinale, la giurisprudenza, a lungo e a partire dalla pronuncia del 10 gennaio 1979, n. 158 della Corte di Cassazione, ha sostenuto che “*una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di diritto privato (...) per il fatto che ad essa partecipano enti pubblici come azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con*

⁷⁵Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in www.ilcaso.it.

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”⁷⁶.

Con tale pronuncia la disciplina privatistica ordinaria delle procedure concorsuali è stata applicata a una società concessionaria di un pubblico servizio al cui azionariato partecipavano soci pubblici.

Di recente, invece, e in più di un'occasione, la giurisprudenza di merito si è orientata in maniera del tutto differente affermando la non assoggettabilità a fallimento delle società in mano pubblica. Primo fra tutti, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con la pronuncia del 9/01/2009⁷⁷, ha inteso porre l'accento sulla sostanza più che sulla forma giuridica. Il giudice di merito ha, infatti, sostenuto che *“ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato si deve dare prevalenza alla sostanza rispetto alla forma giuridica e, pertanto, in presenza di determinati indici sintomatici, è possibile riconoscere natura pubblica anche a società per azioni formalmente private. Ne discende che, in applicazione dell'art.1 primo comma l. fall., deve ritenersi non assoggettata alla normativa fallimentare la società a partecipazione pubblica avente natura formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica (nella fattispecie, gli indici della natura sostanzialmente pubblica della società sono stati ravvisati nelle limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari, nella esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, nella ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato e nella erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata”*.

Come avremo modo di osservare più da vicino, dopo qualche anno e dopo alterne posizioni, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013, ha ritenuto fallibile una società mista nella considerazione che una società di capitali, benché a capitale pubblico, è assoggettabile alla normativa ordinaria del Codice Civile salvo non ricorra un'espressa deroga, sostenendo per di più che l'esenzione dal

⁷⁶ Cass. 10 gennaio 1979, n. 158, in *Giust.civ.Mass.*, 1979, pag. 80.

⁷⁷ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 713; Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 689. L'orientamento tipologico è tornato di attualità con la Cass., sez. I, 25 novembre 2013, n. 26283, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2498. In dottrina ad affermare l'esenzione dalla disciplina fallimentare in ipotesi di sostanziale natura pubblica del soggetto a dispetto della forma societaria G. Rossi, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, p. 221 ss.

fallimento della società pubblica configurerebbe una violazione dei principi di concorrenza, uguaglianza e affidamento⁷⁸.

Sempre nell'anno 2013, la Suprema Corte ha pronunciato la sentenza n. 26283 del 25 novembre 2013, definendo le società *in house* come articolazioni organizzative dell'ente pubblico controllante. In questo senso viene affermata la giurisdizione del giudice contabile dato che alla società *in house* viene riconosciuta natura di mera articolazione dell'amministrazione e non di soggetto esterno ed autonomo rispetto ad essa. Infatti “*gli organi di tale società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati ... come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società. Essendo essi preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che ad essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio*”. A ciò si aggiunge 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*”, con la conseguenza che “*il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori ... è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico*”. Si tratta, dunque, di un danno erariale, il che giustifica la giurisdizione della Corte dei conti⁷⁹.

A seguito di tale pronuncia, se, da un lato, è sembrata essere pacifica la fallibilità delle società a capitale misto pubblico-privato, dall'altro, grandi incertezze sono rimaste riguardo alle società a totale partecipazione pubblica; soprattutto, è stato affermato il principio per cui i creditori delle società *in house* avrebbero avuto soltanto la possibilità di rivalersi sul patrimonio degli enti locali.

A dire il vero, in questo incerto scenario, il legislatore è intervenuto più volte nel corso del tempo e nel 2008, a modifica della legge 39/2004 c.d. Legge Marzano⁸⁰, con il d.l. 28 agosto 2008⁸¹ n. 134 ha introdotto per le società partecipate pubbliche, esercenti

⁷⁸ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in www.ilcaso.it.

⁷⁹ Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.ilcaso.it.

⁸⁰ Legge sulla ristrutturazione delle grandi imprese in crisi, D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni della legge 18 febbraio 2004, n. 39 (c.d. Legge Marzano).

⁸¹ D.L. 28 agosto 2008, n. 134, conv. nella legge 27 ottobre 2008, n. 166 (“Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi”).

pubblici servizi essenziali, la particolare procedura della ristrutturazione delle grandi imprese in crisi.

Il superamento delle numerose incertezze sul tema è stato facilitato anche dalla c.d. riforma Madia della Pubblica Amministrazione, legge 7 agosto 2015, n. 124, la quale all'art. 18, rubricato "*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*", prevede una completa organizzazione del sistema delle partecipazioni pubbliche e indica alla lett. a), quale criterio direttivo, "*la 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*"⁸².

La delega prevista nella riforma Madia, come vedremo in modo più approfondito in seguito, è stata attuata con il d.lgs. 175/2016 in materia di società a partecipazione pubblica che ha stabilito l'assoggettabilità delle società pubbliche al fallimento e alle procedure concorsuali⁸³.

Anche la legge 19 ottobre 2017 n. 155 (Delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza, c.d. Riforma Rordorf) prevede una riforma organica delle procedure concorsuali, con la quale l'esdebitazione ha superato il tradizionale limite che la consegnava alla sola persona fisica per estenderla anche agli enti societari.

L'articolo 2 della c.d. Riforma Rordorf prevede al comma 2 lettera e) l'assoggettamento al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza di "*ogni categoria di debitore*" (persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore commerciale o agricolo) "*con esclusione dei soli enti pubblici*", senza distinzione legata alla struttura (vi sono soggetti infatti sia le persone fisiche sia gli enti), all'attività esercitata (vi sono soggetti non solo gli imprenditori commerciali ma

⁸² Legge 124 del 7 agosto 2015 recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", c.d. Legge Madia di Riforma della PA, in Gazzetta Ufficiale n. 187 del 13 agosto 2015.

⁸³ Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" in G.U. 8 settembre 2016, n. 210, come integrato dal decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100 in G.U. 26 giugno 2017, n. 147.

anche quelli agricoli e gli artigiani, nonché i professionisti e i consumatori) e alle dimensioni (vi sono soggetti anche gli imprenditori che non superano le soglie di fallibilità)⁸⁴.

La riforma pertanto si è indirizzata verso un “procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza” unico dal punto di vista oggettivo, giacché al suo interno confluiranno tutte le richieste avanzate rispetto allo stesso debitore e universale dal punto di vista soggettivo in quanto esso si applicherà a prescindere dalla tipologia di debitore, ad eccezione dei soli enti pubblici⁸⁵.

2 Inquadramento generale. Il tema della fallibilità delle società in house

In giurisprudenza e in dottrina sul tema di cui si discute si sono registrati orientamenti altalenanti che hanno visto contrapporsi due diverse impostazioni metodologiche: quella “tipologica” e quella “funzionale” e si sono registrate elaborazioni sia favorevoli sia contrarie all’applicabilità della disciplina fallimentare alle società a partecipazione pubblica⁸⁶. Nell’impostazione “tipologica”, la scelta applicabile si fonda sul “tipo” di società; pertanto, ad avviso di quanti ritengono che la gran parte delle società partecipate sono enti pubblici, il fallimento delle società partecipate non è ammesso in base ad un’interpretazione estensiva dell’art. 1 della Legge fallimentare⁸⁷. Secondo coloro, invece, che riconoscono alla società la natura privatistica, a prescindere dalla partecipazione pubblica e dai collegamenti, più o meno marcati con l’ente pubblico (in termini di risorse, controlli, attività, ecc.), al contrario, queste società sono sottoposte alle procedure concorsuali senza eccezione alcuna⁸⁸.

L’impostazione “funzionale”, che si basa sull’analisi delle finalità perseguite e degli interessi che la disciplina intende tutelare, collega l’applicazione delle disposizioni

84 Delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell’insolvenza, in G.U. 19 ottobre 2017, n. 155

85 ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in CAGNASSO-PANZANI, *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, 2016, III, 4544

86 DEL GATTO S., *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, fasc. 5.

87 ROSSI G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv.Pubbl.e appalti*, 2004.

88 FIMMANÒ F., *L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività*, in F.Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011.

fallimentari non alla natura pubblica o privata della società partecipata, ma all'importanza che essa riveste per l'ente pubblico. In altre parole, tale tesi sostiene l'esenzione dal fallimento per quelle società che, svolgendo servizi pubblici essenziali, sono considerate necessarie dall'ente pubblico che le partecipa⁸⁹.

Secondo autorevole dottrina, infatti, per ritenere applicabile la Legge fallimentare ai casi delle società a partecipazione pubblica occorre analizzare se ricorrono le medesime ragioni a sostegno dell'esenzione prevista per gli enti pubblici economici dall'art.1 della Legge fallimentare⁹⁰; secondo alcuni autori, in caso affermativo, tali società non sarebbero assoggettate alle norme fallimentari⁹¹.

Abbiamo già richiamato quell'orientamento dottrinale ad avviso del quale sottrarre alle discipline fallimentari e concorsuali le società a capitale pubblico insolventi, salvo ipotesi espressamente previste dal legislatore o di specifica missione loro assegnata, comporterebbe un pregiudizio per la concorrenza e per il mercato oltre che una disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private, in violazione dell'art. 106 del Trattato CE⁹², nel senso che le imprese pubbliche a differenza di quelle private potrebbero continuare ad operare sul mercato in perdita⁹³.

Il tema è stato dettagliatamente sviscerato dalla Corte di Cassazione (Cass. 27 settembre 2013, n. 22209), che ha affrontato la vicenda di una società a responsabilità limitata, partecipata al 51% del capitale da un ente pubblico (Area di Sviluppo Industriale), cui il Prefetto aveva affidato, in regime

di concessione, la realizzazione e la gestione di un impianto per lo stoccaggio e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani della provincia. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che *“il legislatore ha ribadito la scelta favorevole alla riconducibilità delle società pubbliche fra quelle di diritto comune sia con il D.Lgs. n. 3 del 2003, di riforma del diritto societario, che ha sostituito agli artt. 2458/60 gli artt. 2449 e 2450 c.c. (...)*

89 NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.

90 GALGANO F., *L'imprenditore pubblico*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Zanichelli, Bologna-Roma, 1974.

91 D'ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Ipsoa, Milano, 2007.

92 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 106 (ex art. 86 TCE)

93 NICOTRA F., *Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici*, in *www.diritto.it*, pubblicato il 12 giugno 2015

sia col D.Lgs. n. 5 del 2006 di riforma del diritto fallimentare, che non ha modificato il R.D. n. 267 del 1942, art. 1, comma 1. E, come sottolineato da autorevole dottrina, neppure le innumerevoli disposizioni normative speciali che, nel corso degli anni, sono state emanate in tema di società pubbliche, costituiscono un corpus unitario, sufficiente a regolamentarne attività e funzionamento ed a modificarne la natura di soggetti di diritto privato, così da sottrarle espressamente alla disciplina civilistica”.

In questo senso anche *“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, infatti, sul modo in cui essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell’affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica”.* Pertanto, *“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”.*

Soprattutto, di grande rilevanza è il principio di diritto affermato dalla Corte con tale pronuncia, in base al quale: *“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 anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall’ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all’interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità”*⁹⁴.

3 Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza a favore e contro la fallibilità delle società in house

Come finora emerso dall’inquadramento generale appena svolto, la giurisprudenza non consente di registrare un orientamento univoco riguardo alla possibilità per la società in

⁹⁴ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in www.ilcaso.it.

house di accedere al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione dei debiti e di essere assoggettata a fallimento, anzi.

3.1 *La posizione contro la fallibilità*

Proponiamo di seguito una breve disamina delle posizioni contro la fallibilità.

La giurisprudenza ha esteso alle società *in house* l'esenzione dalla dichiarazione di fallimento che l'art. 1 della Legge fallimentare riserva in verità ai soli enti pubblici territoriali⁹⁵, in quanto ha riconosciuto loro l'esercizio di servizi ritenuti essenziali per la collettività. Specificamente, si è esclusa l'autonoma fallibilità delle società *in house*, considerandole come “*propaggini inanimate*” dell'ente territoriale, i cui amministratori rappresentano meri “*esecutori*” delle direttive del socio pubblico⁹⁶.

Abbiamo già richiamato la sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009), che per prima ha affermato la non assoggettabilità a fallimento delle società in mano pubblica (nella specie si trattava di una spa a totale partecipazione pubblica,

titolare del servizio di raccolta differenziata in ambito provinciale). A riguardo il medesimo Tribunale di Santa Maria Capua Vetere più volte ha individuato gli elementi qualificanti le società *in house* (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009⁹⁷; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011⁹⁸).

In particolare tale Tribunale ha osservato quanto appresso:

- *“Posto che la mera titolarità in capo ad un soggetto pubblico delle partecipazioni ad una società per azioni non consente di concludere tout court per la natura pubblica della partecipata, al fine di stabilire la assoggettabilità o meno a procedura concorsuale della medesima, si dovrà in concreto e caso per caso valutarne la gestione e l'attività svolta. Si potrà, pertanto, ritenere sussistente la natura pubblica qualora i) la società affidataria di un determinato servizio svolga la maggior parte della propria attività a favore dell'ente pubblico; ii) l'impresa non abbia acquisito una vocazione*

95 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 art.1; sostituito ex d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, poi ex d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

96 NICOTRA F., *Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici*, in www.diritto.it, pubblicato il 12 giugno 2015.

97 Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in www.ilcaso.it.

98 Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011, in www.ilcaso.it.

commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale a tutto il territorio nazionale e all'estero; iii) il consiglio di amministrazione della società non abbia poteri gestionali di rilievo e l'ente pubblico eserciti poteri maggiori e più incisivi di quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; iv) le decisioni di maggior rilievo debbano essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Non ha pertanto natura pubblica la società per azioni che pur essendo partecipata in tutto o in parte da un ente pubblico, sia caratterizzata da una gestione interamente riferibile al diritto privato e peculiare dell'impresa commerciale, le cui decisioni siano adottate con i meccanismi previsti dal diritto privato e non siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente pubblico”;

- *“La società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne posseda in tutto o in parte le azioni. Pertanto, se la società partecipata dalla mano pubblica si avvale degli strumenti previsti dal diritto societario, essa non può che essere ritenuta un soggetto di natura privata. Le forme privatistiche di esercizio di impresa commerciale potranno eventualmente porre questioni attinenti alla natura pubblica o privata del soggetto partecipato da enti pubblici solo qualora l'aspetto gestionale e di attività di detti enti risultasse completamente avulso dalle regole e dagli schemi del diritto commerciale, così da rappresentare la società un mero organo, un'articolazione che si immedesima nel soggetto pubblico che la partecipa. Su questo tema la giurisprudenza ha affermato che gli indici di valutazione riguardanti sia l'aspetto gestionale che l'attività della società che gestisce il servizio pubblico in favore dell'ente locale che interamente la partecipa attengono in sintesi alla concorrenza dei seguenti dati: a) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico; b) l'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento del soggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale ed all'estero; c) il consiglio di amministrazione della società non deve avere poteri gestionali di rilievo e l'ente pubblico esercita poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; d) le decisioni di maggior*

rilievo devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante". In quest'ultima parte la sentenza ha enunciato i criteri in presenza dei quali si può ritenere esistente una società *in house*.

Tale orientamento è stato successivamente fatto proprio dal Tribunale di Palermo con la pronuncia dell'8 gennaio 2013⁹⁹, che ha sostenuto che *"le società in mano pubblica, al ricorrere di determinate condizioni, non sarebbero fallibili non già perché enti pubblici, ma perché non riconducibili alla categoria dell'imprenditore commerciale"*. In particolare, secondo tale giudice di merito, le società per azioni partecipate dal Comune, pur essendo istituite sotto forma di impresa di diritto privato, non possono fallire perché difettano del requisito soggettivo previsto dall'art. 1 della Legge fallimentare, ossia perché non sono imprenditori commerciali. Allo stesso modo ne è escluso l'accesso all'amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 270/99. Inoltre, la società a partecipazione pubblica è uno degli strumenti attraverso il quale viene esercitato il servizio pubblico.

Se, dunque, la società non è più in grado di assolvere con regolarità i propri debiti, compito dell'ente pubblico che la partecipa - quale socio- è quello di trovare un'alternativa al soddisfacimento degli interessi pubblici mediante l'affidamento del servizio (da essa fino ad allora gestito) in altra forma ovvero riassegnandolo ad altro soggetto.

Per di più, l'iscrizione della società nel Registro delle imprese determina un sistema di pubblicità legale che ingenera nei terzi che vengono in contatto con la società stessa un legittimo affidamento in ordine alla riconducibilità della medesima alla disciplina di diritto civile (conforme al *nomen iuris* dichiarato), determinata dal complesso di regole utili per tutte le società commerciali incluse quelle relative all'assoggettabilità al fallimento nell'ipotesi di insolvenza. Tale affidamento verrebbe meno con la disapplicazione del diritto civile e l'applicazione, invece, di particolari disposizioni pubblicistiche.

Non è mancata giurisprudenza, inoltre, a sostegno della tesi secondo la quale il pubblico servizio è sempre connesso al pregiudizio che deriva alla collettività nell'ipotesi della sua interruzione, tenuto conto della priorità dell'interesse pubblico ad una regolare erogazione del servizio rispetto agli interessi dei creditori istituzionalmente tutelati dalla

99 Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

procedura fallimentare. Il riferimento è al Tribunale di La Spezia che con la sentenza del 20 marzo 2013¹⁰⁰ ha sostenuto anche che gli effetti tipici derivanti dal fallimento determinerebbero una ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti che sono, invece, riservati alla (sola) Pubblica Amministrazione¹⁰¹.

Con la sentenza n. 26283 del 2013 anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, pur occupandosi di giurisdizione, ha affermato, indirettamente, che l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall'art. 1, comma 1, della legge fallimentare, deve essere applicata anche alle società c.d. *in house providing* (Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283)¹⁰².

Tali società non si pongono né in rapporto di alterità, né di separazione patrimoniale con l'ente pubblico partecipante e ricorrendo tali presupposti, dunque, deve escludersi l'assoggettabilità delle società *in house* a fallimento.

Al pari delle Amministrazioni pubbliche, inoltre, gli amministratori della società sono sottoposti ad un controllo assoluto da parte delle amministrazioni, fino a sottrarre loro effettivi e concreti poteri di gestione.

Quali articolazioni di enti pubblici, tali società sono sottratte al fallimento come previsto dall'art. 1 della Legge fallimentare, nella considerazione che la società *in house*, in sostanza, coincide con l'ente pubblico e sarebbe, quindi, suscettibile di applicazione dell'esenzione di cui al citato articolo 1.

Di recente questo principio è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza di merito la quale ha osservato che nelle società *in house* gli organi sociali risultano preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla pubblica amministrazione e ad essa legati da un vero e proprio rapporto di servizio; con la conseguenza che non vi è distinzione tra ente pubblico e società e che, dunque, anche quest'ultima riveste le caratteristiche dell'ente pubblico e, pertanto, non è fallibile. Specificamente, i giudici del Tribunale di Verona hanno evidenziato che *“L'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo prevista per gli enti pubblici dall'articolo 1, comma 1, l. fall. deve essere applicata anche alle società cd. “in house providing”, le quali possono essere individuate in base ai criteri indicati nella sentenza della Corte di*

100 Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, in *Banca borsa tit.credito*, 2014, 4, II.

101 Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, in *Banca borsa tit.credito*, 2014, 4, II.

102 Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *www.ilcaso.it*.

cassazione 25 novembre 2013, n. 26283, secondo la quale detta qualifica va attribuita alle società che presentino congiuntamente i seguenti tre requisiti: 1) natura esclusivamente pubblica dei soci; 2) lo svolgimento dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi; 3) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici” (Trib. Verona, 19 dicembre 2013)¹⁰³; inoltre, allo stesso modo, secondo i giudici di merito di Napoli: “Se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società in house integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni” (Trib. Napoli, 9 gennaio 2014)¹⁰⁴.

Più recentemente, (App. Aquila, 3 marzo 2015)¹⁰⁵ si è affermato che non vi è distinzione tra ente pubblico e società e che, dunque, anche quest'ultima riveste le caratteristiche dell'ente Pubblico e, pertanto, non può fallire. Tale Corte ha stabilito che “la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house...”, ritenendo che, ricorrendo i presupposti declinati a livello comunitario, “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”.

3.2 La posizione a favore della fallibilità

¹⁰³ Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in www.ilcaso.it.

¹⁰⁴ Trib. Napoli, 9 gennaio 2014, in www.unijuris.it.

¹⁰⁵ Corte d'Appello dell'Aquila, sentenza n. 304 del 2 marzo 2015 in *Enti locali online*.

A prendere posizione sulla fallibilità delle società *in house* è per la prima volta la Corte d'Appello di Napoli (App. Napoli, 15 luglio 2009)¹⁰⁶, secondo cui *“il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo all'ordinaria disciplina codicistica. Ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica dell'esenzione del fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato”*.

A seguire, il Tribunale di Velletri (Trib. Velletri, 8 marzo 2010)¹⁰⁷ ha affermato che *“È assoggettabile a procedura concorsuale – e può quindi essere ammessa al concordato preventivo – la società per azioni interamente partecipata da capitale pubblico e che utilizzi risorse pubbliche per lo svolgimento della propria attività qualora la sua sfera d'azione sia riconducibile al diritto privato secondo uno schema comunque inquadrabile nel modello previsto dal codice civile. (Nella specie, il potere di indirizzo riconosciuto all'ente pubblico è limitato all'espletamento del servizio nel territorio di riferimento, gli enti locali non hanno alcun potere di ingerenza nella gestione complessiva della società e di verifica del bilancio e non esercitano comunque un potere analogo a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi; l'oggetto sociale ammette infine l'espletamento dell'attività a favore di terzi)”*.

Anche a prescindere, infatti, dal problema sulla natura pubblica o privata, è stato osservato che *“l'esenzione dalle procedure concorsuali di tali società pregiudicherebbe sia l'interesse dei creditori, sia l'interesse pubblico, sia (potenzialmente) l'interesse della stessa società”* (Trib. Napoli, 31 ottobre 2012)¹⁰⁸.

Dello stesso orientamento è stata la Corte di Cassazione (Cass. 27 settembre 2013, n. 22209), ad avviso della quale, come abbiamo già visto, la decisione di utilizzare il modello delle società comporta anche la conseguenza dell'assunzione dei rischi connessi alla loro insolvenza, ciò a tutela dei principi di uguaglianza e di affidamento

¹⁰⁶ Corte d'Appello di Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2016, 690.

¹⁰⁷ Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in www.ilcaso.it.

¹⁰⁸ Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in www.unijuris.it.

dei soggetti che entrano in contatto con le società stesse e delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità¹⁰⁹.

D'altra parte, il ricorrere di eventuali norme speciali finalizzate a regolare la costituzione delle società a partecipazione pubblica, la partecipazione pubblica stessa al capitale sociale, l'individuazione (pubblica) dei suoi organi interni (consiglio di amministrazione e collegio sindacale) non muta la natura di soggetto privato delle società partecipate, interamente o parzialmente, da soggetti pubblici, tenuto conto che c'è assoluta autonomia tra società e ente, in modo che l'ente può incidere sul funzionamento e sull'attività della società non attraverso poteri autoritativi e discrezionali; ma solo ricorrendo agli strumenti di diritto societario esercitati a mezzo dei componenti degli organi della società che sono affidati alla sua nomina. In altri termini, l'aver sostenuto la competenza giurisdizionale della Corte dei Conti¹¹⁰, non preclude che tali società possano essere assoggettate a procedura concorsuale, ben potendo le condotte dei soggetti essere considerate plurioffensive, quindi lesive del patrimonio pubblico e al tempo stesso, pregiudizievoli per i creditori o i terzi (ai sensi degli artt. 2394 e 2395 c.c.).

L'indiscutibile particolarità della *governance* della società *in house*, per di più, porta con sé anche che questa, nei rapporti coi terzi, potrebbe comportarsi come un qualunque soggetto imprenditoriale privato, dunque, come tale, a rischio di insolvenza.

La Cassazione ha anche osservato che la finalità pubblicistica perseguita dagli enti pubblici soci non è automatica caratteristica della società *in house*, la quale agisce sul

¹⁰⁹ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in www.ilcaso.it.

¹¹⁰ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283. Le Sezioni Unite risolvono la questione, discostandosi dal tradizionale orientamento che afferma spesso (tranne che in ipotesi indicate sopra) la giurisdizione del giudice ordinario nelle cause relative alla responsabilità degli organi di società a partecipazione pubblica. Sussiste, dunque, nel caso in esame, la giurisdizione del giudice contabile, dato che la società in questione ha natura di società *in house*, cioè di mera articolazione della PA, e non di soggetto esterno ed autonomo. Infatti, “*gli organi di tale società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati ... come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società. Essendo essi preposti ad una struttura corrispondente ad un’articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che ad essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio*”. A ciò si aggiunge 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*”, con la conseguenza che “*il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori ... è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all’ente pubblico*”. Si tratta, dunque, di un danno erariale, il che giustifica la giurisdizione della Corte dei conti. DI CATALDO C. (a cura di) in www.ildirittoamministrativo.it.

mercato con finalità di lucro (in termini di perseguimento – quantomeno – di un pareggio di bilancio, se non di lucro)¹¹¹.

Inoltre, è stato affermato dal Tribunale di Modena che le imprese che assumono la forma societaria iscrivendosi nell'apposito Registro si assoggettano volontariamente alla disciplina privatistica e, perciò, deve ritenersi valido il principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali: *“In difetto di diversa qualificazione legislativa, deve ritenersi valido il principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali”* (Trib. Modena, 10 gennaio 2014)¹¹².

Successivamente, altra giurisprudenza di merito ha ritenuto che *“Sono assoggettabili a procedura concorsuale le società cd. in house, in quanto la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria prevista dal codice civile. Le società di capitali con partecipazione pubblica non mutano, infatti, la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, ecc.) ne posseggono le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera “nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico” e gli strumenti utilizzati per regolare il rapporto tra società ed ente locale non possono essere quelli autoritativi di diritto pubblico spendibili nell'organizzazione diretta dell'ente, ma l'ente può avvalersi unicamente degli strumenti propri del diritto societario, da esercitare per il tramite dei membri di nomina pubblica presenti negli organi sociali”* (Trib. Pescara, 14 gennaio 2014)¹¹³.

Anche il Tribunale di Palermo, con pronuncia del 13 ottobre 2014, ha fondato la propria decisione sulla la norma di cui al D.L. n. 95/12, convertito in L. 135/2012, che ha dettato, in materia di società a partecipazione pubblica, una disposizione di generale rinvio alla disciplina codicistica delle società di capitali che, come abbiamo già avuto modo di vedere, prevede: *“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*

111 Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in www.ilcaso.it.

112 Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in www.unijuris.it

113 Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in www.ilcaso.it

deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali”; con la conseguenza, secondo la corte palermitana, che le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un’attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall’effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall’inizio del concreto esercizio dell’attività d’impresa, al contrario di quanto avviene per l’imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest’ultimo è identificato dall’esercizio effettivo dell’attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione¹¹⁴.

Pertanto (Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014)¹¹⁵ anche il Tribunale di Reggio Emilia ha sostenuto che *“può dichiararsi il fallimento della società in house (totalmente partecipata da enti pubblici), che non esercita un servizio pubblico essenziale di esclusiva competenza pubblicistica, poiché la stessa agisce sul mercato con finalità di lucro e si atteggia – nei rapporti coi terzi – come un soggetto privato, non potendosi invece desumere un ostacolo alla fallibilità dall’affermata giurisdizione del giudice contabile sulla responsabilità degli amministratori”*. Ha poi proseguito: *“Riguardo a quest’ultimo, l’affermata competenza giurisdizionale relativa alle responsabilità degli amministratori delle società in house non impedisce affatto che le predette società possano essere assoggettate a procedura concorsuale, ben potendo le condotte dei soggetti essere considerate plurioffensive e, cioè, lesive del patrimonio pubblico e, nel contempo, pregiudizievoli per i creditori o i terzi (art. 2394 e 2395 c.c.); peraltro, l’indubbia peculiarità della governance della società in mano pubblica non esclude che questa si ponga, nei rapporti coi terzi (di carattere squisitamente privatistico), come un soggetto imprenditoriale non diverso dagli altri operatori commerciali (e, come tale, a rischio di insolvenza); poi, la finalità pubblicistica perseguita dagli enti pubblici soci non è automatica caratteristica della società in house, la quale agisce sul mercato con finalità di lucro (da intendersi quale perseguimento – quantomeno – di un pareggio di bilancio se non di un vero e proprio utile); in altri termini, si ritiene assolutamente condivisibile l’orientamento espresso dal Tribunale di Modena (decreto del 10/1/2014)*

¹¹⁴ Trib. Palermo, 13 ottobre 2014, in www.ilcaso.it

¹¹⁵ Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, in www.unijuris.it

secondo il quale – dando atto della <<valenza settoriale>> del pronunciamento della Suprema Corte – <<In difetto di diversa qualificazione legislativa, deve ritenersi valido il principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica>>”.

Più di recente, la Corte di Appello di Napoli ha affermato che le disposizioni contenute nel Codice Civile e nella Legge fallimentare si applicano a tutte le società, anche a quelle *in house* che possono quindi fallire (App. Napoli, 27 ottobre 2015)¹¹⁶, perché sono ritenuti insussistenti i presupposti per procedere ad una riqualificazione come ente pubblico delle società *in house*, ossia delle società sotto il totale controllo di enti pubblici.

La Corte d'appello di Napoli, in particolare, ha analizzato i due diversi orientamenti soffermandosi, particolarmente, sulla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sostenendo i seguenti principi:

- innanzitutto non è corretto fare riferimento alla sentenza della Suprema Corte per sostenere la non fallibilità delle società *in house*, nella considerazione che tale pronuncia riguarda la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità erariale nei confronti degli amministratori delle società e, quindi, tale ambito settoriale; da un punto di vista sistematico, l'analisi della Cassazione non è incompatibile con l'applicazione delle norme fallimentari alle società *in house*, in quanto le condotte dei soggetti possono essere plurioffensive, cioè allo stesso tempo lesive del patrimonio pubblico e pregiudizievoli per i creditori o i terzi;
- inoltre in un'ottica favorevole all'applicabilità alle società *in house* delle disposizioni fallimentari e quindi della loro fallibilità ci sono anche le disposizioni contenute nella legge delega sulla riorganizzazione della Pubblica Amministrazione, pur dovendosi far salva la necessità di indicazioni legislative specifiche;
- il tema autentico, quindi, diventa quello di verificare se, al momento della dichiarazione di fallimento, la società ricorrente poteva essere qualificata come

¹¹⁶ Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 27 ottobre 2015, n. 214, in www.reteambiente.it

- società *in house* e in caso positivo se tale qualificazione precludeva la possibilità di dichiarare il fallimento;
- a una società *in house* possono essere applicate le disposizioni derogatorie previste per gli enti pubblici solo se è possibile escludere che tali società esercitino un'attività commerciale;
 - tenuto conto che nella questione esaminata dalla verifica era emerso che la società svolgeva attività commerciale, il reclamo è stato respinto¹¹⁷.

3.3 La posizione della Corte dei Conti

Il tema dell'insolvenza delle società a partecipazione pubblica, e soprattutto delle relative conseguenze è stato esaminato anche dalla Corte dei Conti (Corte dei Conti, sezione di controllo per il Piemonte, deliberazione 18 febbraio 2016, n. 14/2016/PAR).

La questione affrontata era relativa ad un Comune che partecipava in via totalitaria ad una società costituita per realizzare operazioni di cartolarizzazione di immobili comunali ad essa conferiti dall'ente locale. Il comune socio aveva prestato una garanzia reale mediante pegno su quote della società medesima nei confronti degli istituti finanziatori e della società interamente partecipata.

È accaduto che la società è stata posta in liquidazione ed il relativo patrimonio sociale, anche a seguito della necessaria e prudentiale svalutazione degli immobili di proprietà, non è stata in grado di garantire la chiusura della fase di liquidazione in pareggio, tenuto conto della registrazione da parte del liquidatore di un considerevole deficit nel corso della relativa procedura. Al fine di evitare il fallimento, il liquidatore ha ritenuto di proporre all'ente locale un piano di liquidazione che suddivide il suddetto deficit in 10 anni, con l'onere per l'ente stesso, in qualità di socio unico, di farsi carico delle occorrenti risorse finanziarie¹¹⁸.

Tenuto conto delle garanzie prestate alla società il Comune si è trovato ad affrontare il problema dell'impatto in bilancio nel caso di fallimento della partecipata e ha

¹¹⁷ Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 27 ottobre 2015, n. 214, in www.reteambiente.it

¹¹⁸ SANTUARI A., *Società partecipate: liquidazione e debiti per l'ente locale-Corte conti Piemonte*, 14/2016, in www.personaedanno.it

interpellato la Corte dei Conti per conoscere se l'ente possa legittimamente procedere alla copertura del deficit, nei termini proposti dal liquidatore. Sul punto, i giudici contabili piemontesi hanno precisato che:

- l'escussione della garanzia reale prestata dall'ente, comporta la responsabilità patrimoniale limitata al bene prestato in garanzia;
- conseguentemente, l'impatto sul bilancio del Comune è riconducibile alla diminuzione patrimoniale consistente nell'espropriazione forzata della partecipazione societaria, il cui valore, peraltro, è già stato oggetto di svalutazione;
- il potere d'intervento del socio pubblico è previsto nell'art. 6, comma 19, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 che fa divieto agli enti locali di aumenti di capitale, trasferimenti straordinari aperture di credito, e di rilasciare garanzie a favore delle straordinarie, aperture di credito, nonché di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato perdite per 3 esercizi consecutivi;
- in questo modo, l'assunzione a carico del bilancio comunale del deficit della partecipata in liquidazione rientra nella fattispecie residuale dell'accollo da parte dell'ente del debito altrui;
- l'accollo, così come dall'art. 1273 c.c., è il contratto tra il debitore (accollato) e un terzo (accollante) in virtù del quale quest'ultimo si assume un debito del primo verso un creditore (accollatario);
- l'accollo dell'ente deve essere finalizzato ad un rilevante e preminente interesse pubblico, *“la cui esistenza va motivata alla luce degli scopi istituzionali e della necessità di perseguire i canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.; artt. 1 e 3, legge n. 241 del 1990), soprattutto, in termini di razionalità economica”* (ex multis: Sezione di controllo Lombardia, Deliberazione n. 30/2015/PAR).

È di tutta evidenza, alla luce di quanto sopra osservato che in capo agli amministratori locali grava una responsabilità significativa, poiché essi sono chiamati ad assumere decisioni anche con riguardo ad una società da loro partecipata che sia soggetta a fallimento.

4 Le lacune della recente normativa

Nel tentativo di individuare e descrivere eventuali spazi lasciati irrisolti anche dal legislatore del 2016 proviamo innanzitutto a richiamare brevemente la normativa ad oggi susseguitasi nel tempo.

Come abbiamo descritto finora, prima dell'introduzione del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (d. lgs. 19 agosto 2016, n.175), in linea generale, le società partecipate da soggetti pubblici, in quanto enti di diritto privato, sottostanno alle previsioni dello statuto dell'imprenditore; in caso di insolvenza, pertanto, sono ad esse applicabili le disposizioni sul fallimento – Cass., SS. UU., 27 settembre 2013, n. 22209-¹¹⁹.

Tali considerazioni, abbiamo avuto anche modo di osservare, non valgono però per quelle species delle società partecipate che sono le società *in house*, sottratte all'applicazione delle disposizioni sul fallimento perché qualificate come mere articolazioni degli Enti pubblici soci, rispetto ai quali non è riscontrabile alcuna alterità soggettiva – Cass., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 26283-¹²⁰.

Abbiamo precedentemente osservato, infatti, che la costruzione della società *in house* come una sorta di organizzazione interna delle Pubbliche Amministrazioni titolare della partecipazione pubblica, dunque, sostanzialmente “organo” dell'ente, condurrebbe all'applicazione delle disposizioni sulle P.A. sottraendole, conseguentemente, alla normativa fallimentare.

Tale dicotomia, mai risolta in maniera armonica e univoca in dottrina e in giurisprudenza, è stata superata dall'art. 14 comma 1 D.Lgs.n. 175/2016-; abbiamo anche già visto come, prima della sua introduzione, la materia delle società caratterizzate da tratti pubblici – vuoi per la partecipazione di amministrazioni pubbliche al capitale, vuoi per pubblicità dei finanziamenti e/o delle finalità e/o

¹¹⁹ Cass.,sez.un., 27 settembre 2013, n. 22209: “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 affidamenti dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed 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”.

¹²⁰ Cfr. Cass., SS.U., 25 novembre 2013, n. 26283, che ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura presso detta Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*

dell'attività svolta – era regolata da una disciplina frammentaria, disomogenea e, per molti tratti, caratterizzata da profili di specialità tali da introdurre non di rado specifiche deroghe alla disciplina societaria di diritto comune in vari ambiti.

Questo complesso di disposizioni ha conseguentemente avviato un vivace dibattito sulla natura di tali enti, natura privata in ragione della forma societaria o, all'opposto, pubblica in ragione dei propri tratti pubblicistici e, quindi, anche sull'applicabilità delle disposizioni relative alle procedure concorsuali, tenuto conto del' art. 1, Legge fallimentare, alla luce del quale gli Enti pubblici sono sottratti al fallimento.

Con l'introduzione del Testo Unico, l'art. 14 comma 1 del d.lgs. n. 175/2016 sottopone inequivocabilmente le società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali, infatti prevede 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”*¹²¹.

Tale principio è introdotto per tutte le società partecipate, quindi non appaiono escluse le società *in house*, rispetto alle quali il principio è indirettamente richiamato dal comma 6 che, per il caso di dissesto della società, ha introdotto un limite per le amministrazioni socie ad operare nel settore della fallita: nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una *“società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti”* quindi, appunto, di una società *in house*,¹²² *“le amministrazioni pubbliche controllanti non possono costituire nuove società né acquisire o mantenere partecipazioni in società che gestiscono i medesimi servizi di quella dichiarata fallita”*. La scelta legislativa ha senza dubbio aperto uno scenario di novità, soprattutto sulle società *in house*.

Esse, come abbiamo visto, si propongono come *longa manus* dell'amministrazione socia, nel senso che la società si identifica ed immedesima con l'amministrazione socia¹²³, al punto che quest'ultima esercita sulla società un “controllo analogo” a quello che esercita sui propri servizi e a tal fine gli amministratori sono privi di autonomia

121 D.lgs. 175/2016, art.14

122 Cfr. CDS, parere n. 968/2016, ove si sottolinea che l'espressione *“società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici”* è identificativa dell'*in house*

gestionale, tenuto conto che obiettivi strategici e decisioni significative spettano per definizione al socio pubblico, così come precisato dall'art. 2 lettera c del Testo Unico.

Invero il requisito del “controllo analogo” comporta la netta prevalenza del pubblico nel capitale ed il ricorso ad un complesso di accorgimenti che incidono sull'assetto organizzativo della società disciplinata dal Codice Civile; il consiglio di amministrazione viene ad essere esautorato di significativi poteri gestionali, restando mero esecutore delle determinazioni della *governance* degli enti soci, cui devono spettare poteri più incisivi di quelli di norma riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza del capitale sociale (così che le decisioni più importanti delle società siano preventivamente sottoposte all'esame e all'approvazione del socio pubblico).

La società *in house*, inoltre, deve essere esente da qualsiasi connotato commerciale, quale *longa manus* dell'amministrazione socia, la quale reperisce prestazioni a contenuto negoziale, non sul mercato, ma al proprio interno, appunto perché si serve di un proprio ente strumentale (la società *in house*) giuridicamente distinto sul solo piano formale, in deroga ai principi di concorrenza¹²⁴.

Se, però, la società *in house* non si configura come soggetto terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma, piuttosto, come un'articolazione interna dell'amministrazione stessa, è chiaro che la sottomissione di tali società al fallimento comporterebbe soltanto un escamotage per traslare sui creditori sociali i debiti che, schermati dalle società *in house*, fanno capo di fatto all'Amministrazione pubblica socia. In questa prospettiva, tuttavia, i terzi, - che escludendo la fallibilità, avrebbero potuto fare affidamento sull'obbligo del socio pubblico di ripianare le perdite e quindi

123 Corte cost., sent. n. 50/2013; Cass., ss.uu., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848; si v. anche CDS, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1

124 Secondo la giurisprudenza europea (ex multis, CGE, sent. Teckal, 18 novembre 1999, causa C- 107/98) i requisiti necessari ai fini della configurazione dell'*in house* sono: -la partecipazione interamente pubblica; -l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;- lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

L'*in house* è stato positivizzato dall'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE, dall'articolo 17, Direttiva 2014/23/UE e dall'articolo 28, Direttiva 2014/25/UE; norme che hanno, in parte, modificato i tratti distintivi dell'*in house* rispetto alla giurisprudenza consolidata della Corte europea e quindi:- ammettendo, eccezionalmente, “forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”; -stabilendo nella misura superiore all'80% l'entità dell'attività che la società deve svolgere in favore dei soci pubblici

(indirettamente) soddisfare i creditori - venuta meno tale tutela, potrebbero rifuggire dal contrattare con le società *in house* specie se significativamente indebitate¹²⁵.

In questa ottica, va letta la previsione di cui all'art. 12 del Testo Unico nella parte in cui prevede, a fianco alle ordinarie azioni di responsabilità verso gli organi societari, la responsabilità per danno erariale del rappresentante dell'amministrazione per aver compromesso, nell'esercizio dei diritti spettanti al socio, il valore della partecipazione¹²⁶.

A riguardo non manca chi suggerisce, fornendo spunti di non poco interesse in termini di prospettive di miglioramento interpretativo e applicativo, di prevedere nel futuro una gestione esternalizzata dei servizi con riferimento a quelli privi di rilevanza economica, ossia, come individuati dall'art.2 del Testo Unico "di interesse generale" in contrapposizione con quelli "di interesse economico generale", che passi attraverso l'adozione obbligatoria della forma dell'azienda speciale.

Tale ricostruzione consentirebbe di escludere il modello societario in un ambito che per sua natura non consente una gestione in pareggio finanziario e al tempo stesso si fornirebbe adeguata tutela ai terzi creditori che verrebbero ad operare con una struttura, quella dell'azienda speciale, tenuta all'equilibrio economico (art. 114 TUEL)¹²⁷.

È parso fin qui evidente che, in ogni caso, il tema delle società partecipate dagli enti pubblici ed il loro relativo inquadramento giuridico è una delle forme più esemplari di intersezione tra diritto civile e diritto pubblico/amministrativo, come d'altro canto emerge sia dal dibattito dottrinario che dal diritto giurisprudenziale.

125 Anche il CDS, nell'esprimere parere sullo schema di Testo unico ha segnalato l'opportunità di qualche accorgimento, evidenziando che *"La commissione si limita a segnalare come l'art. 18, comma 1, lett. i) della Legge delega preveda 'la possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento'. Si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società in house"*.

126 *"L'art. 12 scolpisce due ambiti ben distinti: quello delle società in house, ove la giurisdizione sul danno (che non può non essere sempre) erariale spetta – come per qualsivoglia soggetto pubblico a conformazione tradizionale – alla Corte dei Conti, e quello (società a capitale misto che non siano anche in house) in cui alla Corte la giurisdizione è invece devoluta parzialmente, cioè nei soli limiti della quota di partecipazione pubblica"*. ATELLI M. in G. MEO, A. NUZZO (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, in *Collana Studi – II Serie, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS* diretta da Antonio Nuzzo, Cacucci Editore, Bari, 2016.

127 Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali

Le questioni della loro assoggettabilità al fallimento e alle procedure concorsuali sono significativamente amplificate dall' assenza di una disciplina specifica.

Rispetto ad uno scenario così frammentato, abbiamo visto che il legislatore è intervenuto sul tema in modo sistematico con il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. Con tale intervento, stabilito innanzitutto il principio generale di cui all'art.14, ha disciplinato, per le società a controllo pubblico, le ipotesi di crisi aziendale, dettando specifiche procedure ¹²⁸.

Con il Testo Unico, l'interprete è stato esonerato da questa indagosa verifica preliminare atteso che qualsiasi società a partecipazione pubblica è soggetta al fallimento e alle procedure concordatarie. L'intervento legislativo, dunque, ha reso più fluida la verifica degli strumenti concordatari, per esempio con riguardo agli art. 161 e 162 della Legge fallimentare, esonerando da qualsiasi ulteriore tipo di approfondimento. In questo senso è apprezzabile l'immediata applicabilità dell'art. 14 del Testo Unico che consente di superare agevolmente le precedenti questioni che avevano acceso il dibattito dottrinale e il diritto giurisprudenziale.

Come detto, restano quei profili di problematicità che attengono all'ambito di applicazione del comma 1 dell'art. 14, nel senso che c'è da chiedersi da un lato, se la disposizione sia applicabile a qualsiasi società pubblica indipendentemente dal valore della partecipazione pubblica detenuta, dall'altro, se tale disposizione sia applicabile alle società *in house*.

Sotto il primo profilo, la lettura coordinata del co.1 dell'art. 14 con il co.6 dell'art. 1 del Testo Unico consente agevolmente di addivenire ad una lettura ampia della espressione "società a partecipazione pubblica", visto che la norma all'art.1 richiede espressamente la specificazione quantitativa della fattispecie quale una "società a controllo pubblico".

Il secondo aspetto, invece, quello relativo all'applicabilità dell'art.14 alle società *in house*, appare più problematico; addirittura, per certa parte di dottrina è controversa non tanto la concreta caratterizzazione legale o convenzionale di tale genere di "società", quanto piuttosto la loro qualificabilità come "società"¹²⁹.

128 Così la Relazione illustrativa al Testo unico

129 ANGELICI C., intervento al Convegno "Le nuove società partecipate e in House Providing", in Bari 21 e 22 ottobre 2016

Invero, l'art.14 del Testo Unico, anche per il suo tenore letterale “neutro”, non fornisce una soluzione della questione, ma anzi ripropone il problema che, deve quindi trovare soluzione in un diverso contesto normativo, nel quale sembra prevalere la convinzione sull'esclusione delle società *in house* dall' ambito di applicazione dell'art. 14.

Tale convinzione si fonda in buona parte sulle disposizioni del Testo Unico, che per le società *in house*, all'art. 16, intervengono sui principi generali delle società, stravolgendone quasi completamente la fisionomia societaria; l'art. 16 prevede, infatti, che le norme del Codice Civile siano applicate in proporzione all'entità delle deroghe introdotte alla struttura societaria.

In particolare, in base all'art. 16, comma 2, lettera *a*) sono ammesse deroghe agli articoli 2830 *bis* e 2409 *novies*, rispettivamente sulla gestione esclusiva in capo agli amministratori e la gestione esclusiva in capo al Consiglio di gestione nel sistema dualistico; inoltre, l'art.16, comma 2, lettera *c*) prevede la possibilità di concludere patti parasociali come strumento per acquisire i requisiti del controllo analogo, stabilendo che tali patti possono avere durata superiore ai cinque anni, in deroga all'art. 2341 *bis*, primo comma, del Codice Civile.

Alla luce di tali considerazioni, è opportuno domandarsi se il legislatore non abbia voluto in tal modo descrivere le società *in house* come società geneticamente diverse dalle società pubbliche in generale, tanto da richiedere un trattamento diverso in sede di crisi di impresa. Ciò, a maggior ragione, se si osserva il tenore letterale dell'art. 14 che, nel disciplinare compiutamente la crisi delle società a partecipazione pubblica, non richiama le società *in house*, alle quali il Testo Unico dedica, invece, come abbiamo visto, l'intero art. 16.

Il testo del d.lgs. 175 del 2016 presenta, dunque, evidenti zone grigie in ordine alla fallibilità delle società *in house*. Sembrerebbe potersi evincere un orientamento del legislatore del Testo Unico favorevole alla fallibilità anche sulla base di diversi elementi testuali, primo fra tutti la rubrica dello stesso decreto legislativo (“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”) che disegna i confini delle società pubbliche, ricomprendendovi anche le società a controllo pubblico e le società *in house*. In ogni caso, già la sola necessità di svolgere un’“indagine” sulla volontà e sull'orientamento del legislatore del Testo Unico, lascia chiaramente emergere la mancanza, all'interno di tale disciplina, di una disposizione univoca che elimini ogni

dubbio e risolva una volta per tutte il dibattito riguardante il tema della fallibilità delle società *in house*.

Sotto il profilo oggettivo, l'ambito di applicazione della norma appare ben chiaro, attraverso il richiamo letterale a tre precise procedure di composizione negoziale della crisi: il fallimento, il concordato preventivo e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Per quanto riguarda le soluzioni concordate della crisi, sembrerebbe esclusa la praticabilità della procedura di sovraindebitamento stante la lettura coordinata di questa disposizione con l'art. 6 della Legge n. 3/2012, che dispone: *“Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette nè assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali, è consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi disciplinata dal presente capo. Ai fini del presente capo, per «sovraindebitamento» si intende una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni”*¹³⁰.

In effetti queste specifiche procedure possono riguardare solo quei soggetti non assoggettabili alle ordinarie procedure concorsuali e, quindi, l'assoggettabilità delle società pubbliche a fallimento e a concordato preventivo significa che esse non ricadono più nell'ambito di applicazione dell'art.6 della L.3/2012 tanto che le procedure di sovraindebitamento restano impraticabili.

In buona sostanza con il comma 4 dell'art. 14 del Testo unico, il legislatore ha introdotto una dinamica di approccio alle crisi delle società a controllo pubblico del tutto nuova. A differenza che nel passato, infatti, viene escluso che le risorse finanziarie pubbliche possano essere utilizzate dalla politica per sanare le crisi delle società a controllo pubblico indipendentemente da ogni progetto e controllo, con la previsione, invece, che debbano essere oggetto di precisi piani dai quali *“risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività”*.

Abbiamo anche già visto come tali piani, nel perseguire le tre finalità individuate dal legislatore, non possono prescindere dalla continuità aziendale; l'ipotesi di un piano

¹³⁰ Legge 27 gennaio 2012, n. 3 “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento” in Gazz. Uff n. 24 del 30 gennaio 2012.

prettamente liquidatorio, d'altro canto, sarebbe incompatibile con la volontà di cui al comma 4 dell'art. 14 del Testo Unico "del piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte", come imposto dal quarto comma dell'art. 14.

Senza addentrarci ulteriormente nell'esame dei piani di risanamento e nei piani di concordato e della portata pratica della praticabilità delle procedure concordatarie in continuità aziendale delle società a controllo pubblico, è senz'altro possibile sostenere che il legislatore del 2016 ha inteso introdurre un nuovo approccio al dissesto di una società a controllo pubblico per rifuggire quegli interventi finanziari di salvataggio, magari anche a fondo perduto, sviluppati in via autonoma dal socio pubblico che, sostanzialmente, specie interpretando l'attività di impresa in chiave di governance politica, si proiettava nella direzione di un intervento finanziario illimitato.

5 La sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017

Prima di passare all'esame della recente sentenza della Suprema Corte è opportuno ribadire come il possibile assoggettamento a fallimento delle società *in house providing*, alla luce del recente intervento legislativo resta oggetto di attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza.

Come è noto, infatti, con la sentenza in esame la Corte di Cassazione si è pronunciata su uno dei temi più caldi del diritto pubblico dell'economia tenuto conto di come, prima dell'intervento legislativo del 2016, sull'assoggettabilità delle società pubbliche al fallimento e alle altre procedure concorsuali si squadernavano contrapposte teorie possibiliste e negazioniste.

Riepilogando, un primo orientamento, nella convinzione che, pur in presenza di partecipazioni azionarie dello Stato e degli altri enti pubblici, la struttura societaria continuasse a conservare natura privatistica ha ritenuto che il mancato assoggettamento al fallimento e alle altre procedure concorsuali, per di più in assenza di una specifica norma in tal senso, avrebbe compromesso l'affidamento dei creditori entrati in contatto con la società - poiché impossibilitati ad avvalersi delle procedure concorsuali in caso di insolvenza- e le dinamiche concorrenziali di mercato, poiché si sarebbe finiti col

riconoscere un trattamento ingiustamente differenziato alle società pubbliche rispetto a quelle private.

Da altra corrente interpretativa, invece, le società pubbliche non sono state considerate soggette a fallimento in quanto il c.d. principio di neutralità della forma societaria, comportava l'acquisizione, da parte delle strutture societarie partecipate dallo Stato e dagli altri enti pubblici, della natura pubblicistica; di qui il loro assorbimento nell'ambito della clausola di esenzione prevista per gli enti pubblici dall'art. 1, co.1 del R.D. 16 marzo 1942, n.267- c.d. Legge fallimentare-, secondo cui “*sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, esclusi gli enti pubblici gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*”¹³¹.

Di queste due opposte visioni la giurisprudenza di legittimità, fin dalle prime pronunce, ha abbracciato prevalentemente la prima, affermando che una società per azioni partecipata dallo Stato non perde la propria qualità di soggetto privato e, pertanto, ricorrendo i presupposti dell'imprenditore commerciale, può essere sottoposto ad amministrazione controllata¹³².

Abbiamo visto che la questione, così come delineata, può ritenersi superata dall'intervento del Testo unico delle società pubbliche del 2016¹³³, con la previsione della assoggettabilità al fallimento contenuta nell'articolo 14, rispetto alla tipologia delle società *in house*, individuate dal Consiglio di Stato come strutture organizzative in forma societaria che sottostanno ad un'influenza così marcata da parte delle società pubbliche da essere assimilabili agli stessi uffici interni e tali, sostanzialmente, da atteggiarsi ad una vera e propria derivazione dell'ente stesso, rispetto al quale si pongono in rapporto di delegazione organica¹³⁴.

Anche con riguardo alle società *in house* si sono sviluppati orientamenti differenziati. Inizialmente era stata sostenuta la fallibilità delle società *in house* sulla presunzione dell'immedesimazione delle stesse con l'ente pubblico controllante e quindi del loro

131 Legge fallimentare – Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 aggiornato dal D.L. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 giugno 2016, n. 119 e dalla L. 11 dicembre 2016, n. 232 in www.altalex.it.

132 Cass., sez. I, 10 gennaio 1979, n. 158

133 MEO G., NUZZO A., (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, in *Collana Studi – II Serie, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS* diretta da Antonio Nuzzo, Cacucci Editore, Bari, 2016.

134 Cons. di St. Ad. Pl., 3 marzo 2008, n. 1

assorbimento nell'ambito applicativo della clausola di esenzione prevista per gli enti pubblici dall'art.1 della legge fallimentare, orientamento cui si era contrapposto quello secondo il quale rispetto a tale tipologia di società era possibile individuare una sia pur velata differenziazione rispetto all'ente pubblico controllante cosicché le stesse non sarebbero state attratte dell'esenzione degli enti pubblici dalla disciplina fallimentare prevista dall'art.1 della legge fallimentare.

La questione, che non è di sola rilevanza teorica, è stata affrontata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n.3196 del 2017 e per di più ha riguardato un'ipotesi che *ratione temporis* non era ancora stata disciplinata dall'art. 14 del Testo Unico, tanto che quella Corte si è trovata ad affrontare un minuzioso lavoro di ricostruzione delle svariate interpretazioni del giudice di legittimità che, alla luce dell'art. 14 permettono di leggerne con maggior comprensione la ragione giustificativa.

Come vedremo più da vicino, nella pronuncia non soltanto è stato ribadito il principio secondo il quale 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 essi entrano in rapporto, tenuto conto del necessario rispetto delle regole della concorrenza – che postulano parità di trattamento tra gli operatori di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità - ma è stato chiarito anche che per le società *in house* non ricorre alcuna forma di contrazione della responsabilità.

Il nodo più stringente della motivazione, tuttavia, è quello in cui è stata argomentata la concreta base logica della scelta, innanzitutto giurisprudenziale e poi anche legislativa, dell'assoggettività al fallimento e alle procedure concorsuali delle società pubbliche, nella fattispecie concreta della società *in house*, con la motivazione che permettere a società di capitali l'esercizio di determinate attività e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, condurrebbe a far assumere alle stesse i rischi connessi alla loro insolvenza. Annullare ogni conseguenza della soggettività della società, peraltro, condurrebbe al paradossale effetto di un'azione dei creditori sociali della società *in house* quali creditori diretti dell'ente pubblico, lì dove l'obiettivo voluto

dall'ente attraverso la costituzione di una società è proprio quello di esonerarsi, dalla responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società partecipata¹³⁵.

5.1 Il giudizio

La Corte di Cassazione, Sezione I, con la sentenza n. 3196 del 07.02.2017¹³⁶ ha passato in rassegna i diversi profili di problematicità del tema della fallibilità affermando, in continuità con il proprio precedente orientamento, il principio secondo cui le società pubbliche, comprese le società *in house providing*, sono assoggettabili al fallimento.

La Corte ha affermato infatti: *“Le società a partecipazione pubblica, sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente rispettivamente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e la destinazione non privatistica della finanza d'intervento; saranno invece assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento. E ciò vale anche per l'istituzione, la modificazione e l'estinzione, ove gli atti propedeutici alla formazione della volontà negoziale dell'ente sono soggetti alla giurisdizione amministrativa, ma gli atti societari rientrano certamente nella giurisdizione del giudice ordinario”*.

Nel caso di cui si discute, l'“Area Verde di Volontè Teresina & co. s.n.c” (ricorrente in via principale) e Massimo Morandi (ricorrente in via incidentale) impugnavano la sentenza della Corte d' Appello di Milano del 17.7.2014 n.2773¹³⁷ resa al termine del giudizio in cui tanto la prima (insieme ad altri creditori) quanto il secondo (nella qualità di ex amministratore) contestavano la sentenza del Tribunale di Como del 17.02.2014 n.16¹³⁸ dichiarativa del fallimento della società “Mozzate Patrimonio s.r.l.”.

Nello specifico, il Tribunale di Como dichiarava il fallimento della società a responsabilità limitata di cui il comune di Mozzate era socio al 97,76%, a cui era stata affidata la gestione e la manutenzione del relativo patrimonio immobiliare. Avverso la sentenza dichiarativa di fallimento proponevano reclamo ex art. 18 della Legge

135 ANDRACCHIO D. (a cura di), *L'assoggettabilità delle società in house al fallimento e alle altre procedure concorsuali* – Nota a Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza 7 febbraio 2017, n. 3196 in www.ildirittoamministrativo.it.

136 Cass.civile, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196 in www.altalex.com.

137 Corte d' Appello di Milano del 17.7.2014 n. 2773 in R.G. 8922014 in www.unijuris.it

138 Tribunale di Como del 17.02.2014 n. 16 in www.tribunalionline.com

fallimentare, dinanzi alla Corte di Appello di Milano, i creditori e l'ex amministratore della fallita.

La Corte di Appello rigettava i reclami, confermando la fallibilità della società "Mozzate Patrimonio s.r.l.", ritenendo che la partecipazione del comune di Mozzate al capitale della società non escludesse la qualità di imprenditore commerciale della stessa, qualità quest'ultima, assunta con l'iscrizione nel Registro delle Imprese.

Inoltre, la Corte di Appello condividendo l'indirizzo che esclude una possibile indifferenza, ai fini fallimentari, della natura di soggetto privato delle citate società precisava che nessuna influenza poteva ascriversi all'attività svolta, allo scopo perseguito, né all'organizzazione interna. E pur considerando in ipotesi gli eventuali limiti allo statuto privatistico in caso di società *in house* – cioè la società istituita per finalità di gestione di pubblici servizi, con soci pubblici, con attività svolta in prevalenza verso gli stessi e soggetta a controllo analogo a quello che questi esercitano sui propri uffici - doveva nel caso concreto escludersi che Mozzate Patrimonio s.r.l. rivestisse tale natura, per difetto del requisito caratterizzante il citato controllo analogo da parte del Comune, socio al 97,76% , ciò sulla base di quanto accertato dalla Corte di Conti in sede di diniego dei presupposti dell'affidamento diretto di servizi comunali.

5.2 I fatti rilevanti della causa e le ragioni della decisione

Con distinti ricorsi, ciascuno affidato a due motivi, ricorrevano per Cassazione la società creditrice della fallita nonché l'ex amministratore, deducendo, in primo luogo, la violazione dell'art. 1 della Legge fallimentare, ossia la mancanza dei requisiti soggettivi di fallibilità in capo alla società debitrice, essendo quest'ultima organismo di diritto pubblico non fallibile, ovvero società *in house providing*; in secondo luogo, deducevano un vizio di motivazione sullo stesso punto, non avendo la Corte di merito esaminato la natura di società *in house* della fallita, come tipologia determinatasi alla luce dei contratti di servizio stipulati con il Comune partecipante.

Nel caso di specie la Suprema Corte ha affrontato proprio il tema dell'assoggettabilità o meno al fallimento di una società a partecipazione pubblica, specificamente quello di una società di capitali cui il legislatore consente l'esercizio di determinate attività funzionalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico.

Secondo la Cassazione, le motivazioni che inducono a ritenere fallibili le società a partecipazione pubblica sono molteplici.

Innanzitutto sarebbe concludente nel senso della fallibilità il dettato normativo. La Cassazione ha ripercorso un intenso tessuto di norme da cui emerge la sottoposizione al fallimento delle società a partecipazione pubblica: l'art. 4 della legge n.70/1975 vieta l'istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo; la stessa legge fallimentare all'art. 1 esclude dal fallimento gli enti pubblici, non anche le società pubbliche.

Tale evidenza normativa è confermata da ultimo dal d.lgs. n. 175/2016 che all'art. 1 co. 3 dispone l'applicazione della disciplina codicistica alle società a partecipazione pubblica, *“per tutto quanto non derogato dal presente decreto”*, ed ancora all'art. 14 assoggetta espressamente le società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento, concordato preventivo, nonché, ove ricorrano i presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

È opinione della Corte inoltre che il richiamo, fatto dai ricorrenti, alla nozione di organismo di diritto pubblico, sarebbe inconferente nella considerazione che tale nozione assume rilevanza soltanto nelle operazioni di scelta del contraente, come precisato dall'abrogato Codice degli appalti¹³⁹.

L'opportunità di ancorare la qualità di ente pubblico ad un'espressa disposizione di legge rinviene la sua *ratio* anche e soprattutto nelle esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi che entrano in contatto con la società. Secondo la Cassazione, infatti, l'iscrizione nel Registro delle Imprese, ingenera nei terzi un affidamento sull'applicabilità alle società iscritte delle consuete regole privatistiche sull'organizzazione ed il funzionamento delle stesse. Il suddetto affidamento sarebbe compromesso se allo statuto dell'imprenditore commerciale si sostituissero specifiche disposizioni pubblicistiche.

Senza considerare che sottrarre al fallimento le società a partecipazione pubblica comporterebbe rilevanti conseguenze per l'Erario, giacché i creditori della società pubblica diverrebbero creditori dell'ente pubblico di cui essa è propaggine.

139 V. art. 26, co. 3, d.lgs. 163/2006

È confermato che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica ed in quanto tali sono esposte ai rischi connessi alla loro insolvenza¹⁴⁰.

Inoltre è stato ribadito l'orientamento espresso dalla Cassazione con sentenza n. 22209 del 2013 secondo cui: *“In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che le stesse 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 ed 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”*. Osserva inoltre che *“proprio l'esistenza di specifiche normative di settore che, negli ambiti da esse delimitati, attraggono nella sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato... può ricavarsi a contrario, che, ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica”*¹⁴¹.

È sulla scorta di questo principio che la Corte di Cassazione ha rigettato entrambi i ricorsi condannando i ricorrenti in solido al pagamento delle spese del giudizio di legittimità.

La Corte ha inteso rifuggire dall'approccio tendente a compenetrare tipologie societarie diverse e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 4 della legge n.70 del 1975 che vieta l'istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo ed in questo modo arginando quell'interpretazione che vuole fondare, sui connotati materiali dell'attività, il titolo per l'efficacia dei rapporti con i terzi.

Invero, l'art.1 della legge fallimentare disciplina l'area di esenzione dalle procedure concorsuali intorno agli enti pubblici e non alle società pubbliche. A tal proposito lo stesso legislatore, in sede di spending review, specificamente all'art. 4, co.13 del d.l. n.95 del 2012 vigente all'epoca della dichiarazione di fallimento da parte del Tribunale di Como – 17/02/2014 – e poi abrogato dal d.lgs. del 19 agosto 2016 n. 175, ha inteso affermare la sussistenza di una norma generale di rinvio alla disciplina codicistica, secondo la quale *“ le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di*

140 V. Cass. Sez. Un. n. 17287/2006 in www.ilcaso.it

141 Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209 in *Foro it.*, 2014, I, 113

*carattere speciale, in materia di società a totale o a 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*¹⁴².

Questa norma può essere considerata come ulteriore indirizzo seguito dal Giudice nella sentenza in esame, in buona sostanza in chiave di interpretazione concorrente autentica e di chiusura.

Tale disposizione, peraltro è stata ripresa anche dal legislatore del Testo unico, in particolare dal nuovo art. 1,co.3 d.lgs. n. 175 del 2016 “ *Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”; inoltre l’art.14 del d.lgs. n. 175 del 2016 ha precisato, mutuando un indirizzo della giurisprudenza concorsuale, che “ *Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, . 270, e al decreto-legge 23 dicembre 20003, n.347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.*”.

Il Collegio si è espresso chiaramente anche in ordine alla non appropriatezza del ricorso a categorie della giurisprudenza amministrativa che sovrappongano norme e definizioni relative all’oggetto dell’attività e non invece al soggetto che la esercita; in particolare ha ritenuto inappropriato il ricorso alla figura dell’organismo di diritto pubblico che nasce per qualificare gli operatori rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici che sono sottoposte nella scelta del contraente alle disposizioni dettate dalla normativa comunitaria e dai procedimenti di evidenza pubblica di fonte statale o regionale.

L’art. 3, co.26, del Codice degli appalti vigente *pro temporis* – d.lgs.12 aprile 2006, n. 163, in vigore fino al 18 aprile 2016 - ha espressamente previsto che rispetto a lavori, servizi e forniture, soltanto “ai fini del codice” stesso è dettata la definizione di “*organismo di diritto pubblico.....qualsiasi organismo, anche in forma societaria:-istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere*

142 Art. 4, co. 13 del D.L. 6 luglio 2012, n. 95 “Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini” in Gazz. Uff. del 6 luglio 2012, n. 156 – Suppl. Ordinario n. 141.

non industriale o commerciale;-dotato di personalità giuridica;-la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato ,dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

Emerge con chiarezza dalla sentenza esaminata che ciò che ispira il profilo pubblicistico della società *in house*, in cui l'ente esercita sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici e servizi, almeno quanto a prerogative e profondità, è l'obiettivo di sottrarre l'affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate alle richiamate norme concorrenziali, senza tuttavia, arrivare a sostenere la creazione di un soggetto sovraqualificato rispetto al tipo societario eventualmente assunto, ad ogni effetto e verso i terzi.

In questi casi sulle società *in house*, per quanto esse vogliano qualificarsi come articolazioni organizzative dell'ente – siano esse poste in condizione di delegazione organica che di subordinazione gerarchica- sostanzialmente si determina esclusivamente una responsabilità aggiuntiva contabile, rispetto a quella comune, visto quanto sostenuto dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 2013 con sentenza n. 26283¹⁴³, orientamento ripreso dall'art.12 del d.lgs.n.175 del 2016, senza tuttavia il prospettato effetto di perdere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore.

In sostanza, viene sottolineato che le regole speciali che disciplinano la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non possono influire, come notato pure in dottrina, sulle dinamiche con cui la società si atteggia nel mercato, né possono vanificare le ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti previste dalla disciplina civilistica.

143 Corte di Cassazione, 25 novembre 2013, n° 26283, in *Giur. Comm*, 2015, 2, II, 236. La Corte infatti ha giustificato tale statuizione ricordando che “*la società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare invece in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È 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); Cfr. in dottrina: M. Clarich, Società in house al nodo fallimento, in Norme e tributi, Milano, 29 novembre 2013; D. Di Russo, Con l'esclusione del fallimento deficit da ripianare, in Norme e tributi, Milano, 13 gennaio 2014; F. Fimmano, Crisi di impresa e fallimento, 8 aprile 2014, in www.ilcaso.it; E. Codazzi, Le società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2014*

A questo proposito la Cassazione si era già pronunciata nel 2012 con la sentenza n. 21991¹⁴⁴, per precisare, nel caso di una società mista da non assoggettare al fallimento, che non è tanto significativa la soggezione al potere di vigilanza e di controllo pubblico, consistente nella verifica della correttezza del servizio comunale svolto, riguardando, piuttosto, la vigilanza l'attività operativa della società nei suoi rapporti con l'ente locale o con lo Stato, non nei suoi rapporti con i terzi e le responsabilità che ne derivano.

In effetti il sistema di pubblicità derivante dall'iscrizione nel Registro delle imprese ingenera nei terzi un legittimo affidamento sull'applicabilità alle società in esso iscritte della disciplina conforme al *nomen juris* dichiarato, affidamento che, al contrario sarebbe disatteso disapplicando il diritto societario per sostituirlo con disposizioni pubblicistiche.

Sulla scorta di queste considerazioni appare ininfluyente anche una diversa lettura di quella parte di dottrina che prende spunto dalla motivazione della pronuncia della Corte di Appello di Milano del 17 luglio 2014, la quale escludendo il controllo analogo, ha negato la sussistenza di una società *in house* sulla scorta della precedente analisi della Corte dei Conti, anch'essa negativa, rispetto al referto del partecipante Comune di Mozzate.

Così come non risulta utile neanche il riferimento nella sentenza alla società a partecipazione pubblica che, rivestendo un carattere necessario per l'ente pubblico in ragione dell'attività svolta, non potrebbe essere dichiarata fallita stante l'obiettivo incompatibilità fra tutela dell'interesse pubblico e normativa fallimentare, tenuto conto che alla "Mozzate Patrimonio s.r.l." era stato affidato in gestione e manutenzione il patrimonio immobiliare proprio e del socio pubblico.

Sotto il profilo poi dell'asserita divergenza causale rispetto allo scopo di lucro, essa non è sufficiente ad escludere che, ove venga adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restano quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal Codice Civile; il nostro ordinamento, infatti, per l'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale conferisce rilevanza non già il tipo di attività esercitata ma alla natura del soggetto, tenuto conto

144 Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Mass. Giust. Civ.*, 2012, 12, 1385, ove si riconosce che “ *Le società costituite nelle forme previste dal Codice Civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale*”.

che le società nascono, appunto, per perimetrare la responsabilità rispetto ai soci secondo un proprio ordinamento, lì dove l'organizzazione prescelta per l'attività è connessa esclusivamente alla nascita di un soggetto diverso dai soci e senza che a loro volta le regole organizzative dei soci valgano in modo diretto a disciplinare il funzionamento e le obbligazioni di quel soggetto.

Una volta che l'ente pubblico adotta il modello societario, nel caso specifico la società a responsabilità limitata, l'opzione di conferire a società di capitali l'esercizio di determinate attività, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, determina che le società stesse assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, tanto più perché sarebbe paradossale concludere che pure le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale, siano sottratte al fallimento.

Con proprie sentenze, la n. 26936 del 2013¹⁴⁵ e la n. 5491 del 2014¹⁴⁶, la Suprema Corte ha anche escluso la necessità di individuare preventivamente il regime della responsabilità e di quel rischio per cui l'ente pubblico-socio risponde, salvi altri regimi di concorrente responsabilità dei suoi organi nei soli limiti del capitale di investimento immesso nella società diventata insolvente. Sarebbe paradossale, in effetti, pervenire ad un'azione dei creditori sociali della società *in house* che diventerebbero tutti creditori diretti dell'ente pubblico, con possibilità di azione a fronte della scelta dell'ente di delimitare le responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società partecipata. In questa prospettiva anche l'orientamento precedente assunto con sentenza n. 26283 del 2013¹⁴⁷ e n. 5491 del 2014¹⁴⁸ è espressamente la tutela dell'erario dalla *mala gestio* degli organi sociali di società strumentali, in una direzione volta a rafforzare la responsabilità degli organi, così come successivamente espressa dal legislatore del 2016.

Abbiamo deciso di rinviare l'esame di talune altre pronunce giurisprudenziali, successive all'introduzione del Testo Unico, nel capitolo che segue, per affrontare, anche attraverso l'analisi dell'attuale situazione di talune importanti partecipate italiane,

145 Cass. Civile, 12 febbraio 2012, n. 26936 in *Mass. Giust. Civ.*, 2013

146 Cass., sez. un., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Mass. Giust. Civ.*, 2014

147 V. nota n. 106

148 V. nota n. 109

l'impatto che i principi introdotti dal legislatore del 2016 potrebbero comportare sulla gestione delle società.

CAPITOLO 3

L'ATTUALE SITUAZIONE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

L'insieme delle considerazioni sviluppate finora ha inteso mettere in luce il complesso fenomeno delle società a partecipazione pubblica in relazione al dibattito dottrinale che si è sviluppato negli ultimi anni su tale realtà e alle altalenanti interpretazioni giurisprudenziali che hanno accompagnato lo sviluppo del tema fino alla riforma di recente introdotta dal legislatore con il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

Emerge come, evidentemente, si tratti di una riforma alla quale il legislatore è pervenuto attraverso un itinerario molto articolato che, sul piano giuridico, lascia, per così dire, presagire ulteriori ed intense fasi di verifiche, confronti e sistemazioni interpretative.

A riguardo si ritiene utile richiamare talune ulteriori, recenti sentenze che la giurisprudenza ha elaborato successivamente all'entrata in vigore del Testo Unico e che, per completezza di indagine, ci sembra utile analizzare.

1 Altre sentenze successive al Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica

Con la sentenza n. 26 del 3 novembre 2016, la Corte di Appello di L'Aquila¹⁴⁹ è il primo giudice a sostenere la fallibilità delle società in mano pubblica dopo l'introduzione del D.Lgs. n.175/2016 e prima della sentenza n. 251 del 25 novembre 2016 della Corte costituzionale sulla Riforma Madia e delle Sezioni Unite della Cassazione che hanno preso posizione sull'argomento, come avremo modo di vedere.

In particolare, il giudice abruzzese si è occupato di due reclami ex art. 183 della Legge fallimentare proposti da più creditori di una società per azioni *in house providing* aventi ad oggetto la revoca del decreto di omologazione del concordato con continuità aziendale proposto da quest'ultima ed ha affrontato la questione preliminare in ordine alla soggezione della società *in house providing* alle procedure concorsuali e, in particolare, alla possibilità di accedere al concordato preventivo.

Prima di valutare quale disciplina applicare alle *in house providing*, in considerazione della loro natura giuridica peculiare e, particolarmente, del Testo Unico 19 agosto 2016, n. 175, il giudice di secondo grado ha ripercorso le tre diverse tesi interpretative sulla natura delle società *in house* antecedenti alla riforma, così come si sono sviluppate sia in dottrina che in giurisprudenza.

Ha richiamato, infatti, la tesi "panprivatistica", secondo la quale l'*in house providing* sarebbe assoggettabile al fallimento e potrebbe accedere al concordato preventivo al pari di tutti gli altri tipi di società a partecipazione pubblica, in quanto le società pubbliche sarebbero disciplinate integralmente dalla normativa societaria del codice civile, a tutela dei terzi contraenti cui va riconosciuto il diritto di attivare le procedure concorsuali ordinarie in caso di insolvenza.

149 Corte di Appello di L'Aquila, 3 novembre 2016, n. 26 in www.gazzettaamministrativa.it.

Ha ricordato pure l'altra tesi, c.d. "funzionale", ad avviso della quale andrebbero esclusi il fallimento e il concordato preventivo delle società pubbliche erogatrici di servizi pubblici essenziali.

Infine, il terzo orientamento intermedio, c.d. "tipologico", ha ammesso la fallibilità e l'accesso al concordato preventivo di tutte le società pubbliche, con l'eccezione delle *in house*, orientamento, all'epoca, seguito dalla giurisprudenza prevalente (ivi compresa la stessa Corte d'Appello dell'Aquila, sentenza 304/2015).

Quest'ultimo orientamento, c.d. "tipologico", è sostanzialmente conforme a quello espresso dalla Cassazione., Sez. Un, nella sentenza n. 26283 del 25 novembre del 2013 che, in materia di responsabilità degli amministratori, ha evidenziato come le *in house* perdano i connotati tipici delle società, agendo come *longa manus*- articolazione dell'ente pubblico partecipante- ed acquisendo esse stesse la natura di pubblica amministrazione¹⁵⁰.

Non essendovi rapporto di alterità, la distinzione tra l'ente e la società è considerata in termini di separazione patrimoniale, non di distinta titolarità. Ne consegue che gli amministratori della società *in house* sono considerati dipendenti dell'ente e che il danno provocato dai loro atti illeciti è arrecato a un patrimonio sociale configurato come patrimonio separato dello stesso ente pubblico ed è dunque un danno erariale¹⁵¹; allo stesso modo, la natura peculiare delle società *in house providing* ha portato la giurisprudenza a dubitare della loro fallibilità.

Questo orientamento giurisprudenziale, come evidenziato dai giudici di appello di L'Aquila, è stato smentito dal d.lgs. 175/2016.

Con la sentenza n. 26 del 2016, questa Corte d'Appello, abbandonando il proprio precedente orientamento, ha ritenuto che il testo unico 175/2016, aderendo alla tesi

150 Per gli approfondimenti sulle teorie "tipologica" e "funzionale" si rinvia a Cap. 2, par. 2 di tale scritto.

151 Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283 sancisce il principio di diritto secondo cui: "La Corte dei Conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla procura della repubblica presso la corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*, così dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente i medesimi enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggetta a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.". Vedi in senso conforme Cass. S.U. 19 dicembre 2009, n. 26806; Cass.Sez. Un. 10 febbraio 2015, n. 2505.

“panprivatistica”, assoggettasse al fallimento ed ammettesse al concordato preventivo tutte le società a partecipazione pubblica, ivi comprese le società *in house*.

La Corte ha assunto applicabile la disciplina del nuovo Testo Unico, in quanto, benché entrato in vigore dopo la vicenda oggetto del reclamo e pur non essendo una norma di interpretazione autentica, detta una normativa specifica per la “crisi di impresa di società a partecipazione pubblica” all’art. 14, al fine di chiarire i dubbi residui in giurisprudenza e dottrina.

È stata opinione del giudice d’appello che un intervento di tale entità non potesse essere disatteso, specie perché si trattava di una decisione inerente all’accesso alle procedure concorsuali di una *in house providing*, e che l’art. 14, nel disciplinare le crisi d’impresa, non menzionava espressamente le *in house* ma le richiamava implicitamente, come desumibile dai numerosi elementi testuali del Testo Unico. Innanzitutto, la stessa rubrica del d.lgs. 175/2016 intitolata “Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica” che esprime la volontà del legislatore di riformare tutte le società pubbliche; in secondo luogo, l’art. 2 del d.lgs. 175/2016 che fornisce una definizione di società a partecipazione pubblica di ampia portata, inclusiva anche delle *in house providing*¹⁵²; infine, l’art. 4 che richiama le società *in house* nel disciplinare le finalità perseguibili con l’acquisizione di partecipazioni pubbliche e l’art. 11 che pone il divieto di istituire organi societari diversi da quelli previsti dalle norme generali in materia di società.

Il d.lgs. 175/2016, per di più, riconduce tutte le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali nell’ambito della disciplina ordinaria delle società di capitali e della giurisdizione del giudice ordinario, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale provocato da illeciti degli amministratori o degli altri organi di *in house*.

La Corte di Appello, inoltre, non ha mancato di osservare che l’art. 16, specificamente dedicato alle società *in house*, pur stravolgendo la fisionomia societaria, risulta avere una portata specifica ed è volto esclusivamente ad introdurre deroghe alla concorrenza nei contratti pubblici mediante l’individuazione delle condizioni per l’affidamento diretto.

¹⁵² Si noti che il d.lgs. 175/2016 definisce anche il “controllo analogo” come 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. Con riguardo al requisito del controllo analogo si rinvia al capitolo 1, par. 2.1.

In buona sostanza, anche la decisione del giudice che stiamo analizzando non ha potuto che prendere atto della nuova impostazione privatistica del d.lgs. 175/2016, alla luce della quale le società *in house providing* sono assimilate a tutte le società a partecipazione pubblica e, al pari di queste, da un lato, sono sottoposte alla distinzione tra danno al patrimonio della società e danno erariale, di competenza rispettivamente del giudice civile e della Corte dei Conti, e dall'altro sono soggette a tutte le procedure concorsuali.

Non si può non osservare, inoltre, che tale orientamento legislativo, si è posto espressamente in contrasto, non solo con la giurisprudenza della Cassazione già citata, ma anche con il parere del 16 marzo 2016 reso dal Consiglio di Stato e con il parere della V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione della Camera dei Deputati del 30 giugno 2016.

Infatti, ad avviso del Consiglio di Stato le società *in house*, per le loro caratteristiche organizzative, non possono confluire nel modello generale delle società di diritto privato né sono loro applicabili le procedure concorsuali e, quindi, per questa tipologia di società dovrebbe essere introdotto un sistema diversificato.

Anche secondo la V Commissione Bilancio della Camera sarebbe opportuno distinguere le diverse tipologie di società, prevedendo per ogni tipologia le norme del decreto applicabili e le eventuali deroghe al Codice civile per le società *in house*.

Come avremo modo di osservare anche di seguito, invece, il legislatore nella relazione illustrativa al Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica ha voluto espressamente precisare di non condividere l'opportunità di diversificare la disciplina delle crisi aziendali, differenziazione che si sarebbe posta in contrasto con l'impostazione privatistica della disciplina delle crisi d'impresa fatta propria dal legislatore del Testo Unico.

Sul tema si è pronunciato anche il Tribunale di Bologna con sentenza del 10 maggio 2017¹⁵³ che ha deciso sul processo attivato da una società per azioni *in house* in concordato preventivo circa l'applicabilità alla questione della disciplina civilistica. In particolare, il Tribunale ha affermato: *“Ciò premesso, l'argomento svolto dall'opponente a proposito della natura pubblicistica del debitore ceduto è in radice non divisibile (per quanto accolto, in altra causa tra le stesse parti, da una sentenza*

153 Tribunale di Bologna, Seconda Sezione Civile, 10 maggio 2017 n. 17455 in www.ilcaso.it

di questo tribunale che ha fatto leva su Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283: ma la decisione delle Sezioni Unite, riguardante il tema della responsabilità degli amministratori di società in house, considerava unicamente il rapporto interno tra gli organi di una società in house e l'ente pubblico da cui la società promana e non anche i rapporti tra la società e i terzi e rileva dunque solo ai fini del riparto di giurisdizione). La società attrice è interamente partecipata dai comuni appartenenti all'ATO n. 4 Pescaresc e gestisce il servizio idrico integrato in quel territorio. Ciò non incide però sulla natura dell'ente (in questi termini, sia pur con stringatissima motivazione ed in relazione al diverso profilo della competenza territoriale, la già richiamata sentenza Trib. Bologna, 27 gennaio 2015, n. 20115, pronunciata ex art. 281 sexies c.p.c. in una causa tra A.C.A. ed Hera Comm s.r.l. relativa alla fornitura di energia elettrica risultante da fatture emesse tra il 21 febbraio ed il 31 maggio 2012). Una cosa è il controllo esercitato dall'ente pubblico sulla società in house providing, un'altra è l'individuazione della disciplina applicabile ai rapporti che tale società intrattiene coi terzi. L'attrice, quale società per azioni in house providing e dunque società commerciale (a totale capitale pubblico), è in ogni caso un soggetto di diritto privato diverso dagli enti pubblici che l'hanno costituita e che ne sono soci (cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989; Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5085; Cass., sez. un., 26 agosto 1998, n. 8454; Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799) e in via di principio è sottoposta, in particolare quanto ai rapporti coi terzi (il cui affidamento va tutelato), alla disciplina di diritto comune. Secondo la regola enunciata dall'art. 4, l. 20 marzo 1975, n. 70, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge. Sull'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici la cui specifica disciplina sia contenuta esclusivamente o prevalentemente nello statuto sociale, si veda l'art. 4, 13° co., quarto periodo, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge, con modificazioni, da l. 7 agosto 2012, n. 135, art. 1, 1° co., la cui rilevanza ai fini interpretativi, quanto all'applicazione a tali società della disciplina del codice civile in materia di società di capitali, è messa in risalto da Cass., sez. un., ord. 1 dicembre 2016 n. 24591. Non a caso già da tempo buona parte della giurisprudenza si era orientata, ad esempio, nel senso della fallibilità delle società in house providing (v. fra le altre App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346; Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, n.

150; App. Napoli, sez. fer., 27 ottobre 2015, n. 214, in *Dir. fall.*, 2017, 208; in generale, a proposito delle società partecipate dagli enti locali, v. Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209).

In questi termini si è pronunciato, sulla base di condivisibili argomenti, anche il Tribunale di Pescara proprio col già menzionato decreto che, accogliendo il ricorso presentato dalla stessa ACA s.p.a. (dunque, sul presupposto – qui invece contraddetto – della natura di società commerciale e non di ente pubblico), ha omologato il concordato preventivo.

Quel decreto è stato confermato, anche alla luce del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (al quale però non è attribuita natura di intervento di interpretazione autentica), da App. L'Aquila, 3 novembre 2016, n. 26 nel proc. n. 176/2016 R.G.”

Si veda poi quanto affermato in motivazione da Cass., sez. un., ord. 1 dicembre 2016 n. 24591, in Società, 2017, 477, nonché, con specifico riferimento al tema della fallibilità della società in house, da Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196”, quest’ultima già esaminata nel capitolo precedente.

Giungendo alle pronunce di legittimità successive all’introduzione del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, anche la sentenza della Cassazione Civile del 1 dicembre 2016 n. 24591¹⁵⁴ si è espressa a favore dell’applicabilità della disciplina di diritto comune e dell’attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario. Disciplina per la cui applicazione non solo si era già espresso il legislatore del D.L. n.95/2012- art.4 co.13¹⁵⁵- e della L.135/2012 -art.1, co.1¹⁵⁶-, ma è stata anche recepita dall’art. 1, comma

154 Cass., SS.UU., ordinanza del 1 dicembre 2016 n. 24591 in www.foroitaliano.it

155 D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13: “Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle società quotate ed alle loro controllate”

156 L. 135 del 2012, art. 1, comma 1: “Successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, i contratti stipulati in violazione dell’articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello indicato nel contatto. ((Le centrali di acquisto regionali, pur tenendo conto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., non sono soggette all’applicazione dell’articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488.))” .

3 del T.U. n.175/2016; tale ultima disposizione, secondo le Sezioni unite, dissipa ogni dubbio circa l'inquadramento privatistico delle società *in house*, la cui disciplina è contenuta totalmente o parzialmente nello statuto speciale.

In questo senso i giudici della Suprema Corte hanno affermato che *“le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società in house; sicché il principio generale dettato dal citato 3° comma dell'art. 1 è destinato a valere anche per le società in house, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso. Ed una disposizione specifica per le società in house si rinviene, nell'art. 12 che, come s'è visto, riguarda la giurisdizione in tema di azioni di responsabilità degli organi sociali, ma non anche per quel che attiene alle controversie in materia di nomina o revoca degli organi sociali designati dal socio pubblico”*¹⁵⁷.

Difatti, quanto previsto dall'art. 2449 c.c. riguarda una facoltà di nomina e di revoca riconosciuta in capo al socio pubblico che si atteggia quale *“estrinsecazione non di un potere pubblico, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa”*.

È chiaro che tale potere del socio pubblico trae origine dallo statuto della società *in house* che è un atto di natura negoziale e, conseguentemente, l'atto di revoca degli amministratori ex art. 2449 c.c. non si può ricondurre ad un'espressione di un pubblico potere, ma invece esprime una mera potestà di diritto privato, attinente ad una situazione giuridica societaria, a sua volta soggetto di diritto privato.

In buona sostanza, anche con questa pronuncia, è stata intenzione dei giudici di legittimità, uniformarsi al legislatore, tacitando le innumerevoli interpretazioni sulla giurisdizione nei giudizi di impugnazione dei provvedimenti di revoca, sin dalla nascita dell'istituto dell'*in house*.

Richiamiamo inoltre, sia pur brevemente, anche la sentenza della Cassazione, sez. lav., 4 aprile 2017, n. 8717, che, sebbene in un contesto diverso, ha affermato comunque che *“la forma societaria di diritto privato è per l'ente locale una modalità di gestione degli*

¹⁵⁷ Cass., Sez. Un., 1 dicembre 2016, n. 24591 in www.altalex.com.

impianti consentita dalla legge e prescelta dall'ente stesso per la duttilità dello strumento giuridico, in cui il perseguimento dell'obiettivo pubblico è caratterizzato dall'accettazione delle regole del diritto privato”, e dunque ha ribadito l’assoggettabilità delle *in house* alla disciplina codicistica delle società e, sia pure con riferimento all’ente locale, ha precisato anche che *“la forma societaria di diritto privato è, per l'ente locale, la modalità di gestione degli impianti consentita dalla legge e prescelta dall'ente stesso in ragione della duttilità dello strumento giuridico, in cui il perseguimento dell'obiettivo pubblico è caratterizzato dall'accettazione delle regole del diritto privato nell'organizzazione aziendale”*¹⁵⁸.

In conclusione di questa disamina dedicata agli interventi della giurisprudenza successivi all’introduzione del Testo Unico, esaminiamo la posizione espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 251 del 25 novembre 2016. In essa, su ricorso della Regione Veneto, la Corte ha sancito l’illegittimità di una serie di norme della c.d. Riforma Madia, nella considerazione che si sarebbe resa necessaria la preventiva intesa della Conferenza Stato-Regioni o Unificata e non il semplice parere. Le dichiarazioni di illegittimità costituzionali hanno riguardato le deleghe al Governo in tema di *“riorganizzazione della dirigenza pubblica”*, *“riordino della disciplina vigente in tema di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”*, *“partecipazioni azionarie delle pubbliche amministrazioni e servizi pubblici locali di interesse economico generale”*. La Corte costituzionale, in ogni caso, ha comunque affermato che *“le pronunce di illegittimità costituzionali, contenute nella decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto di ricorso e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni attuative, si dovrà accertare l’effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il governo, nell’esercizio della sua discrezionalità, riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”*. Tenuto conto di queste considerazioni, la Corte, quindi, potrà essere chiamata ad intervenire sul Testo Unico solo qualora verrà impugnato e soltanto con riguardo ai punti in cui il medesimo Testo Unico risulti lesivo delle competenze

158 Cass., sez. lavoro, sentenza n. 8717 del 4 aprile 2017 in www.ilcaso.it

regionali e ferma restando l'adozione, nelle more, da parte del Governo di un provvedimento correttivo previsto dalla legge¹⁵⁹.

In linea di principio, le scadenze di adempimento previste dal Testo Unico, ad esempio per modifiche statutarie, piani straordinari di razionalizzazione e così via, potrebbero rimanere cogenti. Questa interpretazione, soprattutto nel caso di società regionali, sconta notevoli incertezze dovute, da un lato, al rischio di impugnazioni per lesione delle competenze regionale e, dall'altro, a interventi legislativi correttivi del Testo Unico¹⁶⁰.

2 Breve rassegna di alcuni casi di società partecipate in default

Prima di analizzare l'impatto che i principi introdotti dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica potrebbero avere sulla gestione di questo tipo di società e su eventuali possibili profili di disincentivazione che il legislatore ha voluto introdurre a comportamenti opportunistici o disattenti, è necessario anche esaminare l'attuale situazione di crisi di talune importanti società partecipate.

Se l'intervento dello Stato, nel sistema delle società, ha preso le mosse dall'interesse a sostenere l'economia e a garantire l'erogazione di servizi di pubblica utilità, quand'anche questi fossero palesemente onerosi e affatto remunerativi, oggi tale intervento si presta a diverse osservazioni.

È innegabile infatti che il ricorso indiscriminato a tali iniziative da parte dello Stato si sia rivelato fortemente penalizzante per la situazione finanziaria pubblica (vedi debito Atac, Acea, Ama, ecc.) e partecipe di congiunture economiche significativamente negative.

In luogo di strumento a sostegno dell'interesse pubblico, la partecipazione dello Stato nelle società si è spesso e prevalentemente rivelata una tecnica di interesse verso affari privati e di incremento di banche elettorali quando non sono emersi profili di schietta criminalità. Si intende dire che la partecipazione dello Stato alle società è stata anche

¹⁵⁹ Questa situazione si potrebbe verificare rispetto agli artt. 20 e 24 sui piani di razionalizzazione ordinaria e straordinaria e limitatamente all'obbligo di predisposizione da parte delle Regioni e al regime transitorio del personale -art. 25 -, la cui gestione è rimessa alla Regione e alle società dalla stessa partecipate

¹⁶⁰ A. CATRICALÀ, "Introduzione, profili generali della riforma", in F. Fimmanò-A. Catricalà, *Le società pubbliche*, Roma, 2016, p. 15 ss.

una forma di sottrazione dello stato ai vincoli pubblicistici in materia di appalti e di reclutamento personale. Questa situazione, che ha contribuito non poco all'acuirsi della grave crisi economico-finanziaria nazionale ed internazionale, non poteva non imporre misure correttive.

In tale scenario è evidente come il tema fin qui esaminato, particolarmente quello della fallibilità, abbia assunto una importanza decisiva, anche solo valutando quali conseguenze di natura economica sul mercato potrebbero derivare dall'affermazione della fallibilità o meno di tali società; come, ad esempio, i rischi connessi alla stabilità economica del libero mercato e all'erogazione di un adeguato livello dei servizi pubblici concessi in gestione alla società partecipata o controllata.

Abbiamo visto come il Testo Unico, ma anche talune pronunce giurisprudenziali fin qui esaminate, particolarmente quella della Cassazione n. 3196 del 2017, hanno interrotto quel possibile privilegio connesso all'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici in deroga ai principi fondamentali di concorrenza e di trasparenza del mercato¹⁶¹.

Infatti, in virtù dell'introduzione del principio della fallibilità delle società partecipate si è posto argine ad un sistema sviluppatosi nell'ultimo ventennio all'interno del quale il ricorso a società controllate, molto spesso le *in house*, era strumentale all'aziendalizzazione dei servizi e ad una effettiva privatizzazione, sostanzialmente finalizzate ad eludere i procedimenti a evidenza pubblica e a sottrarre interi comparti della pubblica amministrazione ai vincoli di bilancio e ai patti di stabilità¹⁶².

A fronte di operazioni di progressiva ed incessante ricapitalizzazione di queste società, costantemente in perdita e poste in essere al solo fine di conseguire i benefici elusivi connessi al modello giuridico, si è aperto quel dibattito volto a sostenere che tali società non dovessero patire i pregiudizi di una possibile scelta opportunistica, quale ad esempio quello del fallimento, ma solo le possibili tutele, anche quando queste fossero connesse ad una patologia applicativa.

Questo aspetto sembrerebbe sotteso alla stessa ratio che ha ispirato il legislatore del Testo Unico, nel senso che a fronte delle prerogative della "mano morta"

161 A. CATRICALÀ, "Introduzione, profili generali della riforma", in F. Fimmanò-A. Catricalà, *Le società pubbliche*, Roma, 2016, p. 15 ss.

162 V. Tribunale di Palermo 20 ott 2014, in dir. Fall. II, 258 ss.

dell'affidamento diretto alle proprie società si devono accettare tutte le possibili conseguenze; ciò perché siano evitate pesanti ricadute sull'equilibrio del sistema nel suo complesso¹⁶³.

Nell'ottica di correzione del fenomeno appena descritto, è intervenuto anche il giudice fallimentare che, dopo un primo orientamento più incerto, ha condiviso l'impostazione dell'assoggettamento delle società pubbliche alle procedure concorsuali e si è predisposto ad affrontare le conseguenti questioni inerenti i regimi di responsabilità penali, civili ed amministrativi-contabili.

Ai fini di una valutazione dell'impatto concreto e delle conseguenze che sono derivate dall'applicazione dei principi di tale riforma, può essere utile fare riferimento alla situazione di talune società partecipate in acclarato stato di crisi.

Ad esempio, sembra non più evitabile l'accesso alle procedure fallimentari di Atac¹⁶⁴.

Atac S.p.A. opera sotto forma di società per azioni, con capitale interamente di proprietà comunale, come organismo *in house* del socio unico Roma Capitale. In seguito alla fusione con Met.Ro S.p.A. e Trambus S.p.A. avvenuta il 1° gennaio 2010, Atac S.p.A. con quasi 13 mila dipendenti è oggi il primo gruppo di trasporto pubblico in Italia oltre che una delle più grandi realtà a livello europeo. Serve un'area di 1285 km² nella quale ogni giorno garantisce più di 4 milioni di spostamenti¹⁶⁵.

Tuttavia, la situazione finanziaria di Atac è così grave che la società è stata qualificata "una delle aziende di trasporto più inefficienti al mondo". L'azienda, che rappresenta un fattore di pesante criticità per il comune di Roma, ha un bilancio in rosso ormai da anni, con un organico sovradimensionato di circa 13 mila dipendenti e il cui costo medio procapite è di 52 mila euro l'anno, ben 18 mila euro più del costo medio di un dipendente statale. I ricavi da biglietti e abbonamenti coprono solo il 23 % dei costi dell'azienda che, in sostanza, è sostenuta esclusivamente tramite le tasse pagate dai cittadini¹⁶⁶.

¹⁶³ Ciò anche sul piano costituzionale visto che le disposizioni penali presuppongono la dichiarazione del fallimento o dell'insolvenza, cfr. A. CATRICALÀ, "Introduzione, profili generali della riforma", in F. Fimmano-A. Catricalà, *Le società pubbliche*, Roma, 2016, p. 15 ss.

¹⁶⁴ Parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AS1446) del 9 novembre 2017 al Comune di Roma in www.agcm.it.

¹⁶⁵ In www.atac.roma.it.

Il 17 settembre 2017 Atac si è rivolta al Tribunale di Roma per dare avvio alla procedura di concordato preventivo al fine di sanare il debito da oltre 1,3 miliardi di euro. Entro il 26 gennaio 2018 deve presentare al Tribunale la domanda di concordato preventivo. Una tappa fondamentale per il successo del concordato preventivo è stata la proroga dell'affidamento ad Atac del servizio di trasporti pubblici fino al 2021, in modo tale da consentire alla società di attuare il piano di risanamento in un arco temporale di 4 anni e, soprattutto, di garantire la continuazione dell'attività. Il concordato preventivo è stato visto come l'unica soluzione per evitare il fallimento che comporterebbe, fra l'altro, il rischio di blocco del servizio di trasporto pubblico a Roma. A questo punto, divenuto pacifico e concreto il rischio della fallibilità di tale società (e delle altre società a partecipazione pubblica) c'è anche chi si chiede se non sia opportuno valutare l'ipotesi di andare verso una liberalizzazione del settore tramite una gara ad evidenza pubblica, in modo da pervenire ad una separazione tra azienda e amministrazione. Quanto sopra nell'ottica di chi sostiene che la logica politica non sia in grado di impedire il percorso verso il fallimento intrapreso dall'Atac¹⁶⁷.

Alla vicenda Atac va aggiunta la situazione di Ama S.p.a..

Ama è una società a totale capitale pubblico partecipata interamente dal Comune di Roma. Opera nel settore dei servizi ambientali per la raccolta, il trattamento e lo smaltimento dei rifiuti urbani; per l'espletamento dei servizi cimiteriali e per il mantenimento del decoro urbano (pulizia delle strade, dei bagni pubblici, disinfestazioni, cancellazione delle scritte vandaliche ecc.)¹⁶⁸. La situazione economico-finanziaria della società è disastrosa, con un bilancio costantemente in perdita che oggi si aggira intorno a 1,2 miliardi di debiti. Il Comune ha conferito complessivamente 834 milioni di euro, che portano a Roma il record dei costi pro capite per l'igiene urbana¹⁶⁹. Il problema si pone nella sua pienezza quando a tali investimenti non corrispondono livelli di erogazione del servizio soddisfacenti, anzi, al contrario la situazione dei rifiuti

166 Parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AS1446) del 9 novembre 2017 al Comune di Roma in www.agcm.it già citato.

167 BOTTI L., *Atac, le cause di un disastro annunciato* in www.adnkronos.com.

168 In www.amaroma.it.

169 "*Caos rifiuti a Roma*" in www.ilsole24ore.com.

a Roma ha raggiunto picchi drammatici¹⁷⁰. La volontà di rifuggire dal rischio di un fallimento è ben evidente dall'intenzione di ricomprendere Ama nel piano di riorganizzazione delle società partecipate del comune di Roma, già approvato dalla Giunta. Tale delibera prevede la riduzione delle società partecipate da 31 a 11, ma a ben vedere tale piano fa salva Ama s.p.a., insieme a Atac S.p.a. e Acea S.p.a., in cui si dovrebbe mantenere la partecipazione al 51%¹⁷¹.

Analoghe considerazioni possono valere per Anas S.p.a. che è la società, avente come unico socio il Ministero dell'Economia e delle Finanze, che gestisce la rete stradale ed autostradale italiana. Tra le tratte stradali più significative gestite da Anas vi sono il Grande raccordo anulare di Roma e l'autostrada Salerno- Reggio Calabria¹⁷². Il bilancio di tale società registra circa 9 miliardi di euro di contenziosi e, soprattutto, un indebitamento finanziario netto di 592,8 milioni di euro. La soluzione, di recente, trovata per Anas è stata quella del suo passaggio a Ferrovie dello Stato. Si auspica che dalla integrazione tra le risorse e le tecnologie delle due società possa ottenersi fin da subito un fatturato di 11,2 miliardi e investimenti fino a 8 miliardi¹⁷³.

I profili appena affrontati con riguardo ad Atac, Ama e Anas, possono essere affermati anche con riferimento ad altre società a partecipazione pubblica in stato di crisi, come Eur S.p.a, Coni Servizi, Acea. In particolare, Eur S.p.a. è una società partecipata per il 90 % dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e per il 10 % da Roma capitale attiva nella gestione e nello sviluppo immobiliare. Così come accaduto nel caso Atac, anche per tale società si è dato avvio alla procedura di concordato preventivo per evitare il fallimento¹⁷⁴.

In ognuno di tali casi si è cercato e si cerca di capire se la scelta migliore per l'ente pubblico sia quella di liberarsi da tali società, incapaci di assicurare i servizi pubblici o comunque lontane dall'interesse a perseguirli, oppure, al contrario, di mantenerle in vita, consapevoli del rischio del fallimento.

170 "Roma e i rifiuti". Reportage TG1 12 dicembre 2017 in www.rai.it.

171 In www.comune.roma.it.

172 In www.stradeanas.it.

173 SANTILLI G., *Anas, 2 miliardi di accisa agli investimenti* in www.ilsole24ore.com

174 DEPALO D., SOLE M., *I dati sulle società partecipate pubbliche: molto fatto, molto da fare* in Senato della Repubblica

Come abbiamo avuto modo di vedere nei casi sopra esaminati, l'intenzione è stata quella di salvaguardare in vario modo tali società partecipate ed evitare così, tra l'altro, le tragiche conseguenze sulle casse dello Stato e dei cittadini, sui livelli occupazionali e sull'erogazione dei servizi pubblici essenziali.

Nell'ottica del salvataggio di tali società, non può non farsi riferimento al "salvagente" previsto dal decreto c.d. Madia¹⁷⁵, la cui applicazione alle società sopra citate subisce una deroga, contenuta nell'Allegato A dello stesso decreto, consistente nella loro esclusione da alcune norme per il primo anno della riforma. Nello specifico, queste non rientreranno inizialmente nei paletti per la costituzione di nuove società (articolo 4) e per gli obblighi di dismissioni (articolo 5).

I cenni a tali società permettono di fare osservazioni più generali che possono essere estese a tutte le società a partecipazione pubblica. Lo stato di crisi può colpire, indifferentemente, ciascuna di tali società e ad oggi è anche certo che uno dei possibili esiti possa essere il fallimento. Come abbiamo visto, il primo tentativo in assoluto che viene posto in essere è quello di trovare soluzioni che possano impedire che l'azienda fallisca; vedi, ad esempio, le varie procedure di concordato preventivo avviate da società in crisi. Il fallimento segna, infatti, la fine dell'attività o del servizio erogato dalla società e della società stessa. Dall'altro lato, però, il fallimento è anche solamente il pericolo di esso dovrebbe operare come uno strumento di "responsabilizzazione" delle società partecipate affinché queste svolgano il loro servizio consapevoli dei rischi cui vanno incontro, in modo da porre un freno a quella prassi che vede numerosissime società partecipate continuare a svolgere la propria attività, seppure con bilanci costantemente in perdita, alle spalle delle casse dello Stato e dei cittadini.

3 L'impatto della riforma introdotta dal Testo Unico (D. lgs. n. 175 del 2016)

È necessario valutare l'applicazione del Testo Unico e, in particolare, dell'art. 14 in materia di crisi d'impresa alle società a partecipazione pubblica.

È importante ribadire che l'art. 14, ponendo fine ai contrasti giurisprudenziali, sancisce l'applicabilità alle società partecipate delle norme sul fallimento, sul concordato

¹⁷⁵ Legge 7 agosto 2015, n. 124 "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche".

preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, quindi alle stesse regole di diritto concorsuale comune previste per la crisi e l'insolvenza di tutte le imprese commerciali. Devono ritenersi applicabili anche gli accordi di ristrutturazione e la transazione fiscale, anche se non citati espressamente, perché il risanamento e la continuità aziendale sono essenziali nella nuova disciplina. L'applicazione dell'art. 14 richiede il rispetto di regole volte a disciplinare, da un lato, la condotta degli organi sociali nella prevenzione e gestione delle crisi dell'impresa e, dall'altro, gli interventi di finanziamento, copertura delle perdite e ricapitalizzazione delle società in crisi da parte degli enti partecipanti¹⁷⁶.

Sotto il primo profilo, è necessario richiamare il secondo comma dell'art. 6 del Testo Unico che disciplina le c.d. *procedure di allerta*, cioè specifici programmi di valutazione del rischio aziendale che devono essere predisposti e comunicati all'assemblea nel contesto della relazione sulla *corporate governance*.

In tal modo gli amministratori delle società dovrebbero essere in grado di monitorare la situazione finanziaria così da gestire e, soprattutto, prevenire in modo efficace e tempestivo le crisi aziendali. Infatti, se nell'ambito dei suddetti programmi di valutazione del rischio dovessero emergere uno o più indicatori di crisi, l'organo amministrativo dovrà adottare senza indugio i provvedimenti necessari a prevenire l'aggravamento della crisi. Ciò permette di intervenire quando l'insolvenza non è ancora irreversibile con un idoneo piano di risanamento volto a correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. Si tratta di un vero e proprio "piano di risanamento attestato" ai sensi dell'art. 67 della Legge fallimentare, previsto al fine di ottenere il riequilibrio sia economico-patrimoniale sia finanziario delle società. Solo in tal modo, inoltre, è possibile evitare il rischio dell'azione revocatoria fallimentare e della responsabilità, anche penale (art. 217bis legge fall.), dei membri degli organi di amministrazione e

¹⁷⁶ Principio che vale per tutte le partecipate e dunque anche per le controllate e per le società *in house*, rispetto alle quali il concetto è, implicitamente, ribadito al comma 6 del citato articolo 14. In buona sostanza, il legislatore ha confermato l'orientamento che la Cassazione aveva già espresso con la sentenza 3196/2016 aderendo parimenti all'impostazione sulla struttura giuridica della società *in house*, sulla sua natura di *longa manus* dell'amministrazione socia, quale amministrazione che seleziona al proprio interno, e non sul mercato, delle prestazioni a contenuto negoziale e si serve di uno strumento giuridico, quello della società *in house*, che, eventualmente, è distinto dall'amministrazione medesima solo sul piano formale, senza porsi come soggetto terzo rispetto all'amministrazione controllante

controllo della società, visto anche che non è prevista alcuna esenzione a proposito per le società a partecipazione pubblica in quanto tali.

L'omissione degli amministratori nell'attività di prevenzione e gestione della crisi costituisce, ai sensi del terzo comma dell'art. 14, una grave irregolarità, suscettibile di essere denunciata ai sensi dell'art. 2409 del Codice Civile.

Secondo una lettura tradizionale di tale norma, tale rimedio sarebbe utilizzabile, tra l'altro, per l'irregolarità delle scritture contabili, per la redazione di un bilancio falso, per le operazioni poste in essere in conflitto di interessi, per l'inerzia a fronte di perdite superiori al terzo del capitale.

Come abbiamo visto, l'art. 14 fa rientrare in tale rimedio anche l'irregolarità gestoria costituita dalle omissioni riguardanti, in generale, i doveri degli amministratori di prevenzione e gestione della crisi. Quindi, nello specifico, il nuovo ambito di applicazione dell'art. 2409 c.c. ricomprende ora il dovere di monitorare l'equilibrio finanziario dell'impresa, vale a dire la situazione di solvibilità a breve e medio termine, al fine di cogliere segni di crisi ed eventualmente procedere con l'adozione di provvedimenti adeguati, come la ristrutturazione del debito, il concordato preventivo e, in casi di estrema gravità, il fallimento al fine di evitare l'aggravamento del dissesto.

A ben vedere, l'esigenza di fronteggiare in maniera efficace e tempestiva la crisi dell'impresa sembra difficilmente conciliabile con i tempi (non brevi) dell'ispezione e del procedimento ex art. 2409 c.c., che comporta l'intervento sostitutivo di un amministratore giudiziario esterno che non conosce la storia, i problemi e le dinamiche aziendali della società. Dunque, l'utilità del rimedio si limita ai casi in cui lo stato di crisi sia precoce e inequivocabile e l'inerzia degli organi sociali altrettanto evidente e manifesta; casi, si può dire, piuttosto rari. Cosicché la portata pratica della norma si può comprendere solamente se la si pensa come richiamo ai doveri di diligenza del socio pubblico (art. 9 Testo Unico) e come deterrente, se si pensa alla responsabilità erariale in cui possono incorrere gli amministratori degli enti pubblici partecipanti per aver pregiudicato con la loro condotta il valore della partecipazione stessa.

Sotto il secondo profilo, l'art. 14 prevede che, in caso di indicatori di stato di crisi della società, sia necessario un piano di ristrutturazione aziendale da cui risultino concrete e comprovate prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività, non essendo sufficiente il ripianamento delle perdite in qualunque forma attuato.

Sembra evidente l'intenzione del legislatore di richiamare il "piano di risanamento attestato" ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), oppure il "piano" di cui agli artt. 161 e 182bis della Legge fallimentare, predisposto a servizio di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti con continuità aziendale.

In questi casi, in realtà, la copertura indifferibile delle perdite non si rende necessaria in quanto l'avvio di una procedura di crisi sospende di per sé gli obblighi di ricapitalizzazione secondo l'art. 182sexies della Legge fallimentare; se così non fosse, si sarebbe in presenza di coperture di perdite "al buio", attuate in assenza di concrete possibilità di riequilibrio strutturale.

Diversamente, nel caso dei concordati e degli accordi di ristrutturazione si procede con la riduzione dei debiti e degli interessi, in modo da produrre sopravvenienze attive idonee a neutralizzare le perdite e a riequilibrare lo stato della società; oppure con la gestione dell'impresa in ristrutturazione sfruttando l'utile da questa prodotto grazie anche ai nuovi conferimenti, apporti e finanziamenti.

In presenza di valori aziendali da tutelare, gli interventi di salvaguardia sopra richiamati sono, non soltanto legittimi, ma dovuti nell'ottica di quel piano di risanamento da predisporre avendo riguardo alla tipologia e allo spessore della crisi da affrontare.

Considerazioni diverse devono essere svolte quando il progetto di risanamento riguardi società partecipate dallo Stato sistematicamente in perdita. In questo caso il legislatore del Testo Unico, introducendo il divieto di cui al quinto comma dell'art. 14, prevede per lo Stato che fa ricorso ad una società *in house* o mista un'espressa deroga alla disciplina comune che regola le società per azioni. Il quinto comma del citato art. 14 fa divieto alle pubbliche amministrazioni partecipanti in società pubbliche, salvo si tratti di società quotate o di banche, di effettuare conferimenti, erogare finanziamenti e rilasciare garanzie alle società partecipate strutturalmente in perdita, a meno che la crisi non sia risolta in tempi brevi e certi. La disciplina si pone come speciale in quanto, secondo le norme generali che il Codice Civile agli artt. 2446 e 2447 detta sulle società per azioni, le perdite d'esercizio assumono rilievo solo se ricorrano perdite qualificate tali da determinare una diminuzione del capitale sociale di almeno un terzo¹⁷⁷; in presenza di

177 Cfr. M. VENTORUZZO- G. SANDRELLI, "Riduzione del capitale sociale (artt. 2445-2447)" in *Il Codice civile Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2013, 28

minori perdite è previsto esclusivamente il divieto di distribuzione di dividendi di cui al terzo comma dell'art. 2433 c.c.

È evidente, quindi, il contenuto più incisivo dell'art. 14 che trova applicazione ove la società abbia registrato perdite, indipendentemente dalla loro specifica entità, per tre esercizi consecutivi. Questo significa che il divieto sopra richiamato di cui al quinto comma dell'art. 14 opera ogni volta che le perdite d'esercizio emergano per tre esercizi consecutivi, anche nel caso in cui tali perdite abbiano trovato contropartite in riserve, non incidendo quindi sull'entità del capitale sociale.

Anche il divieto appena preso in considerazione conferma l'intento del legislatore di regolare gli interventi di ripianamento nella logica dell'effettivo riequilibrio e recupero della società.

D'altro canto, la normativa preesistente al Testo Unico è stata interpretata dalla giurisprudenza contabile come previsione di un "divieto di soccorso finanziario" per gli enti pubblici in dissesto e di disincentivazione ad interventi a copertura delle perdite strutturali¹⁷⁸, a causa del loro impatto negativo sui bilanci degli enti interessati e tali da pregiudicarne una corretta gestione finanziaria.

Il quinto comma dell'art. 14 prevede poi la possibilità di interventi eccezionali autorizzati con d.p.c.m. da adottare su proposta del Mef per far salva la continuità del servizio di pubblico interesse in presenza di gravi pericoli per la sicurezza, l'ordine pubblico e la sanità.

Specificamente, il quinto comma prevede che: *"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 dell'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*

178 Cfr. Corte Conti, sez. III, 18 marzo 2014, n. 137 ("Deve essere affermata la responsabilità amministrativa di tutti i componenti della Giunta di un Comune che hanno espresso il loro voto favorevole ad una delibera con la quale si è deciso di procedere all'erogazione di una somma di denaro a favore di una società partecipata in "conto futuro aumento di capitale", in un momento nel quale l'analisi del bilancio della società avrebbe dovuto far ritenere altamente probabile che non sarebbe stato possibile garantire la continuità aziendale e la somma erogata sarebbe stata destinata alla copertura delle gravi perdite della società"); Corte Conti reg., (Lombardia), sez. contr., 12 giugno 2012, n. 269 ("Viola le regole di sana gestione finanziaria l'ente locale che, dopo aver deciso di partecipare al capitale di una società, versi a questa contributi a fondo perduto per impedire l'emersione di perdite"). V. pure analogamente Corte Conti, sez. reg. contr. Puglia, delib. n. 141, 30 luglio 2014; Corte Conti, sez. Autonomie, delib. n. 15, 6 giugno 2014; Corte Conti, sez. reg. contr. Toscana, delib. n. 126, 30 aprile 2013.

e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma” .

A ben vedere, tuttavia, quest’ultima precisazione da parte del legislatore è estranea al diritto concorsuale, tenuto conto che il tema della continuità, che appare riferito al servizio e al contratto, anziché all’impresa come tale, è oggetto di un intervento straordinario che si pone come indipendente da ogni controllo di legittimità e di convenienza dell’autorità giudiziaria.

In ogni caso, a prescindere da ogni valutazione che si voglia operare in ordine alla effettiva capacità innovativa del legislatore della riforma, emerge con tutta evidenza la volontà di richiamare l’attenzione degli organi di amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica sui propri doveri e sulle proprie responsabilità in ordine alla pianificazione della gestione della crisi e del risanamento dell’impresa e dei bilanci aziendali.

In questo senso, in definitiva, gli amministratori della società pubblica sono posti innanzi al divieto di prendere in considerazione proposte di concordato o accordo di ristrutturazione dei debiti inadeguati e promuovere invece, senza incertezze, il fallimento della società partecipata¹⁷⁹.

Qualora le procedure di allerta non risultino sufficienti ad evitare il dissesto della società, questa non avrà altra strada se non quella del fallimento. L’art. 14 tratta il tema al sesto comma, prevedendo che, a differenza del concordato preventivo e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, il fallimento di una “società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti” comporta il divieto per le pubbliche amministrazioni controllanti di costituire nuove società e di acquisire o mantenere partecipazioni in società che gestiscano gli stessi servizi nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento. Dunque, la dichiarazione di fallimento fa venir meno la possibilità di utilizzare nuovamente la formula organizzativa societaria - *in house* o mista -, impedendo all’ente o all’amministrazione di ripresentarsi sul mercato come imprenditore commerciale per i cinque anni successivi, e impone all’ente di esternalizzare totalmente il servizio affidato, mantenendo un controllo di natura contrattuale sulla sua esecuzione. È

¹⁷⁹Ciò in assenza di concrete prospettive di risanamento e di credibili vantaggi per i creditori dalla prosecuzione dell’impresa- e, collateralmente, per dipendenti e collaboratori, grazie alla continuazione dei contratti (anche pubblici) in corso d’esecuzione, e all’aggiudicazione di nuove commesse alle condizioni previste dagli art. 169bis e 186bis della Legge fallimentare

importante sottolineare che al fallimento delle società a partecipazione pubblica non consegue necessariamente la cessazione dell'attività. Infatti, l'art. 104 della Legge fallimentare prevede l'istituto dell'esercizio provvisorio che consente alla società di continuare l'attività così da salvaguardare l'avviamento aziendale, sempre a patto che ciò non arrechi pregiudizio ai creditori.

La gestione sostitutiva del curatore fallimentare attuata ai sensi dell'art. 104 è prevista proprio nell'ottica della prosecuzione dell'impresa, in modo da garantire la continuazione dei contratti pendenti e consentire il perseguimento delle finalità per le quali la società è stata costituita, come, ad esempio, la produzione di un servizio d'interesse generale, la progettazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio pubblico o ancora la produzione di beni e servizi strumentali all'ente partecipante.

Alla luce di tali osservazioni si può affermare che il fallimento non rappresenta una frattura netta rispetto alle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, ma anzi si pone in una posizione di continuità rispetto ad esse, in quanto risulta in fin dei conti indirizzato a tutelare il valore oggettivo dell'attività a prescindere dalle vicende soggettive del suo titolare.

Questa visione del fallimento è avvalorata da alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), poste in materia di "esecuzione"¹⁸⁰.

In particolare, ai sensi dell'art. 110, comma 3 del Codice il curatore del fallimento autorizzato all'esercizio provvisorio può *"eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita"*; questo stesso regime è esteso dallo stesso terzo comma e dal successivo quarto comma al concordato preventivo "con continuità aziendale", al concordato "con cessione dei beni" e al c.d. pre-concordato.

Una ulteriore precisazione si rende necessaria con riferimento alle vicende circolatorie e modificative dell'impresa societaria. Infatti, a seguito del fallimento la circolazione dell'azienda può avvenire in vari modi: attraverso operazioni di affitto e cessione oppure attraverso il conferimento in una *"new company"* dell'azienda (artt. 104bis e 105 legge fall) o, ancora, in virtù di un concordato fallimentare "con assunzione" o "riorganizzativo" (cioè accompagnato da una operazione di aumento di capitale o di

¹⁸⁰ Alle quali dovrebbe riconoscersi portata generale e quindi la loro applicabilità anche alle società *in house*, che per tutto il resto rimangono escluse dalle disposizioni del Codice stesso

fusione, scissione o scorporo), che preveda il trasferimento o l'assegnazione dell'azienda a un'entità nuova e diversa, sul piano soggettivo o dell'assetto proprietario. Tutte queste vicende sono regolate dal diritto concorsuale, ma, poiché queste possono determinare un mutamento soggettivo del contraente, tale disciplina va coordinata con quella dei contratti pubblici. A tal proposito gli artt. 106 e 175 del Codice dei contratti pubblici prevedono che non è necessaria una nuova procedura di affidamento per modificare i contratti di appalto e di concessione quando all'aggiudicatario o al concessionario iniziale succede: “...anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato a eludere l'applicazione del presente Codice”.

Ciò è volto a coordinare le regole pubblicistiche con la disciplina del fallimento e del concordato, indirizzate a garantire il soddisfacimento dei creditori, soprattutto in quei casi in cui il valore economico della società partecipata dipende dal rapporto contrattuale con l'amministrazione partecipante.

La *ratio* sottostante all'esercizio provvisorio dell'attività lo rende applicabile naturalmente anche all'ipotesi di fallimento di una società *in house*. In questo caso, per di più, l'esercizio provvisorio potrebbe in astratto protrarsi - sempre che non vi sia un danno ai creditori e che non venga interrotto dagli organi della procedura- fino alla scadenza del contratto pubblico ricevuto in affidamento diretto, così da tutelare la continuità dell'attività nell'interesse generale e di evitarne un'interruzione pregiudizievole per la collettività.

Con riguardo alle società *in house*, sorge spontaneo chiedersi se la gestione sostitutiva del curatore fallimentare sia compatibile e quindi conciliabile con quel requisito del “controllo analogo” che giustifica, all'origine, l'affidamento diretto; a tal proposito, è sufficiente considerare la finalità inderogabile dell'amministrazione fallimentare, nonché la diversa natura della vigilanza posta in essere dagli organi della procedura sull'esercizio provvisorio rispetto al controllo tecnico-economico richiesto al committente.

Naturalmente, all'ente pubblico resta sempre la possibilità, quando ricorrono le condizioni, di ricorrere all'utilizzo dei rimedi negoziali previsti per la risoluzione del

contratto di appalto o di concessione, rescindere il rapporto anticipatamente e procedere al riaffidamento sul mercato; possibilità che sembra essere necessitata in virtù del sesto comma dell'art. 14 del Testo Unico.

Resta comunque fermo il fatto che è necessario osservare le procedure competitive di evidenza pubblica stabilite dal Codice dei contratti pubblici per l'affidamento del servizio o dell'appalto e che quindi la titolarità o la gestione del contratto pubblico potrebbero transitare a un imprenditore privato solo se selezionato in forza delle disposizioni del Codice stesso e non in forza di una decisione degli organi del fallimento.

Inoltre, il Codice prevede all'art. 110 - per gli appalti- che in caso di risoluzione o di scioglimento del contratto conseguente a fallimento, concordato, liquidazione coatta, ecc. l'affidamento avvenga attraverso l'interpello degli altri partecipanti alla gara in modo che questo possa avvenire alle stesse condizioni del completamento dei lavori.

Nella stessa direzione opera l'art. 16, comma 5 del Testo Unico che, infatti, dispone che le attività affidate in precedenza alla società *in house* debbano essere riaffidate nei sei mesi successivi secondo le ordinarie regole pubblicistiche, salva la sua provvisoria operatività in proroga¹⁸¹.

Infine, il legislatore del Testo Unico affronta pure il tema delle azioni di responsabilità all'art. 12 che, seppure rubricato "Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate" non sembra dettare disposizioni espresse né sulla responsabilità degli enti partecipati, né sui sindaci occupandosi principalmente degli amministratori.

¹⁸¹ Diverso è il caso del fallimento della società a partecipazione mista pubblico-privato o del suo socio privato, ipotesi che si presenta più complessa. Nel caso di insolvenza della società mista, che potrebbe anche essere connessa alla crisi finanziaria o al dissesto del soggetto pubblico socio, la situazione è analoga a quella già esaminata della società *in house* - quindi esercizio provvisorio del curatore ove possibile, ma avvalendosi delle risorse, delle competenze e dell'organizzazione industriale del partner privato; scioglimento automatico o risoluzione in danno del contratto pubblico; riaffidamento esterno dell'appalto o del servizio e così via.

Nell'ipotesi di insolvenza del socio privato, invece, ove non si ricorra ad adeguate soluzioni concordatarie "in continuità", la crisi andrà inevitabilmente ad incidere sul "partenariato pubblico privato istituzionale" nel quale consiste la società mista medesima. Ne consegue che dovranno essere posti in essere tutti quei rimedi contrattuali, societari e parasociali tipici della cessazione anticipata della partnership pubblico-privata; lo scopo è quello di interrompere la "coabitazione societaria" tra ente pubblico e imprenditore privato che origina dal programma negoziale - in sostanza, una "*incorporated joint venture*" - mirante a controllare dall'interno l'esecuzione della commessa pubblica affidata alla società mista, grazie anche all'impiego dei tipici rimedi endosocietari. (Cfr Cons. stato, sez. V, 28 settembre 2016 n. 4140, che ha affrontato la nullità delle clausole di prelazione a favore del socio privato nella società a partecipazione mista)

Tale disposizione, che non sembra disponga in maniera univoca e chiara¹⁸², ha sollevato non pochi dubbi interpretativi, probabilmente destinati ad amplificarsi nelle ipotesi di insolvenza delle società e di assunta responsabilità di amministratori e sindaci per la determinazione e l'aggravamento della crisi della società pubblica.

La norma, da un lato conferma l'applicabilità del sistema ordinario delle azioni civili di responsabilità a tutte le società partecipate da enti pubblici, dall'altro con riguardo alle società *in house*, nel mutuare il controverso indirizzo della Corte di Cassazione, introduce un regime speciale tenuto conto che fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti considerati "agenti pubblici" legati da un diretto "rapporto di servizio" alla pubblica amministrazione committente (art. 12, comma 1, secondo periodo).

Questa disposizione, a ben vedere, non ha fatto luce su quelle questioni ermeneutiche e applicative che la dottrina aveva già sollevato in riferimento alla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26283 del 25 novembre 2013 con riguardo all'omessa previsione di idonei strumenti di coordinamento di ordine processuale e sostanziale¹⁸³.

In effetti, la responsabilità degli amministratori da danno erariale per *mala gestio* finalizzata a riparare il danno subito dall'ente socio, non potrebbe assorbire, in caso di incapienza del patrimonio sociale, la responsabilità verso i creditori di cui all'art. 2394 c.c., i cui diritti devono essere tutelati al pari di quelli dell'ente stesso¹⁸⁴.

Sotto questo aspetto, la situazione si profila in maniera ancora più articolata nell'ipotesi di fallimento che assegna all'organo della procedura concorsuale la legittimazione esclusiva ad esercitare l'azione di responsabilità sia per conto della società che dei creditori sociali (art. 2394 bis c.c. e 146 legge fall.).

La responsabilità erariale di amministratori e sindaci della società *in house*, visto che questi non potrebbero essere contemporaneamente aggrediti per gli stessi fatti innanzi a

182 Cfr V. DONATIVI, "Le società a partecipazione pubblica", Milano, 2016, 835 ss.

183 Anche se, a ben vedere, la scelta normativa si può comprendere tenuto conto della pregressa esperienza impregnata di lassismo e di impunità

184 Infatti la responsabilità erariale di cui sopra non è coordinata legalmente con quella degli amministratori e dei sindaci verso i creditori sociali, a differenza della responsabilità verso la società, rispetto alla quale, invece, dagli artt. 2393, comma 6 e 2394, comma 3, c.c. si può ricavare il principio secondo cui la fruttuosa definizione della causa di danni, conseguendo l'obiettivo di reintegrare il patrimonio sociale e, di riflesso, la garanzia generica che questo rappresenta per i creditori, impedisce l'azione diretta da parte di costoro contro i titolari degli organi di amministrazione e controllo

due giudici diversi ¹⁸⁵, potrebbe ostacolare la tutela dei creditori sociali con conseguenze improprie dal punto di vista costituzionale.

Inoltre, in presenza di soci privati minoritari anche le loro ragioni potrebbero temere la giurisdizione della Corte dei conti in relazione a quei danni da loro subiti in via riflessa allo stesso modo del socio pubblico.

In effetti, soltanto una sentenza che condanni, a fronte di un unico giudizio, alla reintegrazione del patrimonio sociale separato, autonomo o soggettivizzato che sia, sarebbe capace di porre riparo ai diversi interessi lesi, per di più indirettamente, dalla anti giuridicità della condotta degli organi sociali.

D'altro canto, al di fuori di questo meccanismo ai creditori rimarrebbe soltanto una tutela di tipo aquiliano dei loro diritti soggettivi, stante la previsione dell'art. 28 della Costituzione sulla responsabilità dei funzionari pubblici in solido con l'ente pubblico nella cui organizzazione hanno operato per gli atti illeciti compiuti; tutela che però deve ritenersi del tutto inadeguata da un punto di vista giuscommercialistico.

Né sarebbero comprensibili, sul piano sostanziale, le dinamiche di armonizzazione della disciplina della responsabilità per danno erariale con le regole privatistiche.

Così, per esempio, si pensi a quante problematiche scaturirebbero sotto il profilo dell'individuazione, del concorso e della graduazione dei soggetti beneficiari della condanna dall'accoglimento dell'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci, se ad agire fossero anche il curatore o il commissario straordinario a tutela dei creditori sociali e non soltanto il procuratore presso la Corte dei conti a tutela dell'ente socio, anziché della società *in house* come mera articolazione di esso.

185 La questione è stata trattata incidentalmente, ma non risolta, da Cass., S.U., 24 marzo 2015, n. 5848, in Giur. comm., 2016, II, 789, con nota di Cossu, la quale, esprime un atteggiamento alquanto perplesso sul punto, giacché, mentre ribadisce il principio secondo cui "la giurisdizione penale e civile, da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali anche quando investono un medesimo fatto materiale [ragion per cui] se ne potrebbe dedurre che la surriferita tesi dei controricorrenti non coglie nel segno, appunto perchè non è sufficiente che, in una determinata situazione, sia ravvisabile la giurisdizione della Corte dei conti per escludere che sussista anche la giurisdizione del tribunale civile"; dall'altro osserva pure: "ci si potrebbe nondimeno chiedere se, nel particolare caso di danni cagionati ad una società *in house*, gli specifici argomenti che hanno condotto queste Sezioni Unite ad affermare la giurisdizione della Corte dei conti nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi sociali responsabili di quei danni - implicanti l'inesistenza, almeno a questo fine, di un vero e proprio rapporto di alterità soggettiva tra la società partecipata e l'ente pubblico partecipante - non debbano al tempo stesso portare, sul piano logico, ad escludere la possibilità di una (eventualmente concorrente) giurisdizione del giudice ordinario investito da un'azione sociale di responsabilità per i medesimi fatti"; concludendo poi per la superfluità dell'indagine nel caso di specie, alla luce dell'insussistenza dei requisiti dell'*in house providing* al tempo della commissione dei fatti addebitati.

Per di più, la condanna potrebbe essere pronunciata nei loro confronti anche sulla base del secondo comma dell'art. 2497 c.c. e non solo dell'art. 2394bis, tenuto conto che essi sono corresponsabili del danno arrecato alla società dall'esercizio abusivo del potere di influenza dell'ente pubblico, se connesso alla loro attività o alle loro decisioni; quanto sopra nell'ottica che inquadra l'*in house providing* societario nella dinamica dell'attività di direzione e coordinamento.

Naturalmente, resta impregiudicata la giurisdizione ordinaria dell'azione individuale o del curatore o del commissario ex art. 2497, comma 4, c.c. per l'accertamento della responsabilità, risarcitoria, derivante dalla scorretta "direzione unitaria" dell'ente pubblico verso i creditori della controllata insolvente.

D'altro canto, la subordinazione gerarchica degli amministratori della società *in house* agli organi dell'ente pubblico non è inconciliabile con l'alterità della società controllata, né implica la sua degradazione ad una forma di separazione patrimoniale, essendo richiesta solamente una particolare "disciplina organizzativa", su base statutaria del rapporto di eterodirezione.

La disciplina sopra riportata dovrà essere conforme sia alle previsioni di cui all'art. 16 del Testo Unico, che alla nuova definizione di "controllo analogo" di cui all'art. 2, comma 1, lett. c) come semplice "*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*".

Peraltro, mentre l'organizzazione e la gestione in forma societaria di un determinato servizio o ramo di attività da parte dell'ente pubblico può comportare, anche se solo in via teorica, una sorta di allontanamento da parte degli amministratori da direttive illegittime o non conformi degli organi pubblici, è, invece, sempre escluso un intervento sostitutivo dell'ente nella gestione aziendale e societaria.

Difatti è indiscutibile quella seppure limitata autonomia "esecutiva" propria degli amministratori - e del direttore generale - della società, autonomia che assurge anche a presidio dei loro doveri di tutela degli interessi dei creditori sociali e, quindi, delle proprie indiscutibili responsabilità; presidio che non potrebbe essere messo in discussione neanche dall'ottica funzionalistica della società *in house*.

Un ulteriore spazio di tutela, *de iure condendo*, viene inquadrato nella responsabilità patrimoniale dell'ente controllante pubblico fondata sulla posizione di dominio societario e commisurata alle perdite cui far fronte per salvaguardare i creditori sociali.

A dire il vero nell'ottica del legislatore, in particolare nella previsione contenuta nell'art. 21 del Testo Unico, il sistema sembrerebbe orientato verso un'amministrazione più rigorosa e responsabile delle società controllate e partecipate; infatti, la norma appena richiamata dispone accantonamenti in appositi fondi vincolati a copertura delle perdite delle società partecipate, seppure gradualmente e parzialmente, con regimi agevolati per le società esercenti servizi pubblici a rete a rilevanza economica. Gli importi accantonati a copertura delle perdite della società sono resi disponibili proporzionalmente alla quota di partecipazione nel caso di ripianamento della perdita, ma anche di dismissione o di messa in liquidazione¹⁸⁶.

In ogni caso se si riflette su quanto sia soddisfatta la tutela degli interessi dei creditori sociali, occorre considerare che la legge, come abbiamo precedentemente visto a proposito del comma quinto dell'art. 14 del Testo Unico, proprio nei casi più gravi ed in ossequio ai principi di efficienza e concorrenza del mercato, vieta alle pubbliche

¹⁸⁶Si trascrivono qui di seguito i primi due commi dell'art. 21 TUSP: “1. Nel caso in cui società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali comprese nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, presentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti, che adottano la contabilità finanziaria, accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Le pubbliche amministrazioni locali che adottano la contabilità civilistica adeguano il valore della partecipazione, nel corso dell'esercizio successivo, all'importo corrispondente alla frazione del patrimonio netto della società partecipata ove il risultato negativo non venga immediatamente ripianato e costituisca perdita durevole di valore. Per le società che redigono il bilancio consolidato, il risultato di esercizio è quello relativo a tale bilancio. Limitatamente alle società che svolgono servizi pubblica rete di rilevanza economica, per risultato si intende la differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell'articolo 2425 del codice civile. L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione”. “2. Gli accantonamenti e le valutazioni di cui al comma 1 si applicano a decorrere dall'anno 2015. In sede di prima applicazione, per gli anni 2015, 2016 e 2017, in presenza di adozione della contabilità finanziaria: a) l'ente partecipante a società che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio negativo accantona, in proporzione alla quota di partecipazione, una somma pari alla differenza tra il risultato conseguito nell'esercizio precedente e il risultato medio 2011-2013 migliorato, rispettivamente, del 25 per cento per il 2014, del 50 per cento per il 2015 e del 75 per cento per il 2016; qualora il risultato negativo sia peggiore di quello medio registrato nel triennio 2011-2013, l'accantonamento è operato nella misura indicata dalla lettera b); b) l'ente partecipante a società che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio non negativo accantona, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, una somma pari al 25 per cento per il 2015, al 50 per cento per il 2016 e al 75 per cento per il 2017 del risultato negativo conseguito nell'esercizio precedente”.

amministrazioni trasferimenti straordinari volti al ripianamento delle perdite o la concessione di finanziamenti e garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato risultati negativi per te esercizi consecutivi.

In questo modo, dunque, la norma piuttosto che preoccuparsi prioritariamente della protezione dei creditori sociali si interessa della reale possibilità del recupero dell'impresa in assenza della quale apre la strada del fallimento.

In effetti, tutte quelle particolari cautele che il legislatore introduce per il risanamento dell'esposizione debitoria si riflettono inevitabilmente in pregiudizio dei creditori sociali che sostanzialmente risultano l'anello più debole della catena nel sistema normativo introdotto dal Testo Unico e su questo punto non manca chi invochi un nuovo intervento legislativo.

4 Considerazioni conclusive

L'indagine che abbiamo affrontato ha preso spunto da quei principi che dottrina e giurisprudenza hanno tradizionalmente posto a fondamento delle proprie elaborazioni sul tema della natura giuridica delle società a partecipazione pubblica, particolarmente delle società *in house*, della loro fallibilità e della loro assoggettabilità alla disciplina del diritto societario.

Abbiamo avuto modo di riportare quegli orientamenti che anche di recente, ed in prossimità dell'intervento del legislatore del 2016, hanno ritenuto auspicabile l'introduzione di una normativa capace di colmare quelle lacune più volte segnalate dalla letteratura giuridica e dalla giurisprudenza e da ultimo rappresentate dalla Suprema Corte con la propria sentenza 3196/2017.

Ci sembra che il tema affrontato rifletta la necessità di armonizzare le regole di diritto e di economia nella quale potrebbe risiedere un decisivo fattore di successo della competitività del Paese.

Abbiamo visto quanto il diritto societario, come confermato dal legislatore del Testo Unico, pone al centro l'interesse all'attività d'impresa anche quando si imbatte nella materia delle partecipazioni pubbliche¹⁸⁷.

Emerge chiaramente, nel lavoro svolto, il diverso punto di vista del pubblicista che, in luogo dell'interesse all'attività dell'impresa, pone l'accento sul controllo del denaro pubblico.

Diviene naturale, quindi, porsi come obiettivo quello di contemperare “al meglio” i due diversi aspetti.

La tutela del patrimonio pubblico non sembra depotenziata dall'intervento degli enti pubblici attraverso le società *in house*, né queste ultime sembrano determinare una progressiva riduzione dell'azione delle pubbliche amministrazioni, perché queste piuttosto che porsi come limite dell'azione delle pubbliche amministrazioni, potrebbero essere, invece, un ideale complemento operativo delle amministrazioni nell'ottica del miglioramento dei servizi pubblici resi alla collettività.

In verità la recente disciplina dettata dal legislatore del Testo Unico attribuisce un ruolo importante alle società partecipate, particolarmente alle *in house*, confermando la generale applicabilità ad esse del diritto societario comune, salvo le specifiche deroghe che abbiamo avuto modo di analizzare.

Gli interventi predisposti, inoltre, appaiono finalizzati a salvaguardare gli impegni di spesa dello Stato e i creditori diversamente coinvolti, ed abbiamo analizzato le varie forme di protezione predisposte a vario titolo a loro favore; tutto questo nella chiara

¹⁸⁷ Relativamente a tale problematica che nasce dalla contaminazione tra le norme di diritto pubblico e quelle di diritto privato, M.S. Giannini ha affermato che “... la formula della società per azioni di proprietà pubblica è stata diffusamente utilizzata dal legislatore nazionale e regionale e dagli enti locali, per conferire una struttura organizzativa più snella a precedenti organismi pubblici o per crearne di nuovi, meno soggetti a vincoli istituzionali. Nel contempo queste società si sono connotate come società speciali ed il loro regime disciplinare si è quindi andato caratterizzando per una sorta di ibridizzazione del diritto privato e del diritto pubblico, che ha determinato una difficile convivenza delle regole del diritto privato e di quelle del diritto pubblico”. Sullo stesso tema, il Consigliere di Stato Giancarlo Montedoro ha affermato che “le società pubbliche sono un fenomeno giuridico ibrido e, come tale, destinato a produrre perplessità nel giurista, tipiche dei casi in cui i criteri di classificazione, qualificazione divengono incerti o plurimi”; e ancora “le società pubbliche si trovano ad operare, sì, nell'ambito del diritto privato, ma spesso “intrappolate” tra le maglie del diritto amministrativo. La forma della società pubblica è privata, la sostanza è pubblica. Il modello societario viene utilizzato per svolgere compiti e funzioni pubbliche”, in Astrid –online, “Società in house e responsabilità”, del 12 marzo 2007, di Giancarlo Montedoro.

prospettiva di disincentivare comportamenti opportunistici e disattenti eventualmente posti in essere per il tramite delle società *in house*.

Conclusivamente, sarebbe addirittura possibile affermare che attraverso le società partecipate possa riprendere avvio una corretta politica industriale per il nostro Paese, proprio potenziata dall'azione dell'impresa pubblica che, sulla scorta degli errori commessi, possa condurre ad un'era di riqualificazione della spesa pubblica attraverso gli strumenti propri del metodo imprenditoriale privato che il legislatore del Testo Unico sembra abbia voluto valorizzare.

In definitiva, il legislatore del Testo Unico, fissato il principio generale della fallibilità delle società a partecipazione pubblica ed introdotte le ulteriori disposizioni che in precedenza abbiamo comunque avuto modo di esaminare, ha inteso rendere omogenea un'area normativa precedentemente regolata in maniera molto frammentaria ed espressa in più testi normativi contrassegnati talvolta anche da spiccati aspetti di specialità, più o meno, apparentemente, in deroga alla disciplina societaria di diritto comune in vari settori.

Anche là dove potrebbero sorgere perplessità innanzi a forti differenziazioni tra le varie società pubbliche, la scelta del legislatore è stata molto chiara: tutte le società a partecipazione pubblica, dunque anche le società a controllo pubblico, le società miste e le società *in house* sono fallibili e possono accedere al concordato preventivo.

Insomma il testo normativo attuale ha abbracciato la tesi panprivatistica.

A ben vedere, ancora oggi, taluni lamentano che certi spazi sarebbero rimasti estranei alla regolamentazione del Testo Unico.

In particolare, la nozione di società *in house*, cui è dedicato l'intero articolo 16 e che è richiamata dal decreto in molteplici occasioni, è assente nell'articolo 14 che disciplina la crisi delle società a partecipazione pubblica.

A tal proposito la giurisprudenza di legittimità è intervenuta con la sentenza in esame n. 3196 del 2017 ed ha risolto tale interrogativo una volta per tutte in senso affermativo, cioè ricomprendendo le società *in house* nell'ambito di applicazione dell'art.14.

In effetti, numerosi elementi testuali e non depongono per la scelta voluta dal legislatore di ritenere assoggettabile anche la società *in house* alle procedure concorsuali degli imprenditori commerciali ex art. 1 della Legge fallimentare.

A riguardo si fa riferimento, innanzitutto, al rapporto di *genus a species* che lega società partecipate e società *in house* nel quadro complessivo del Testo Unico e, inoltre, al limite previsto dal citato sesto comma dell'art. 14 sulle società *in house*, che non avrebbe ragione di esistere se il legislatore non avesse voluto ricomprendere tali soggetti nell'ambito di applicazione dello stesso art. 14 e, quindi, avesse voluto escluderne la fallibilità.

In sostanza, sulle società *in house*, il legislatore della riforma si limita agli interventi di cui si è detto non per distrazione o per mancanza di interesse, ma perché, una volta affermato il principio generale della fallibilità, rinvia al loro ricorso come strumento giuridico già ampiamente regolato dal diritto civile nell'ambito della disciplina delle società – s.p.a., s.r.l. – ; la società *in house* è messa a disposizione del soggetto giuridico pubblica amministrazione non per riconoscerle privilegi, ma come strumento alternativo con cui operare nella logica dei mercati finanziari nei quali va ad intervenire, notoriamente connessa alle perduranti crisi economiche finanziarie e alla mancanza di denaro; in alternativa alla società *in house*, quel soggetto pubblico potrebbe ricorrere, nell'affidamento di un servizio per la collettività, alla gara ad evidenza pubblica muovendosi nell'ambito del diritto pubblico.

Se il legislatore del Testo Unico avesse voluto intervenire diversamente, per esempio intendendo introdurre il tema delle c.d. “aziende speciali”, ben avrebbe potuto farlo; quindi, non si può parlare, come parte della dottrina suggerisce, di un'occasione persa per il legislatore del 2016 di codificare una speciale procedura di insolvenza per le società partecipate.

A ben vedere, invece, ha scelto di far salva la facoltà, per il soggetto giuridico ente pubblico, di muoversi, anziché nell'ambito della relativa disciplina pubblicistica, attraverso l'utilizzo dello strumento societario, nel perimetro, ampio e generale, del diritto comune.

Questa scelta legislativa potrebbe oltretutto anche essere significativamente apprezzabile, perché rifugge da quella tendenza, peraltro negli ultimi decenni anche molto diffusa, volta a polverizzare a tutti i costi la norma giuridica attraverso una moltitudine di interventi, fra l'altro in numerosi casi pure superflui per l'interprete, capace di individuare, tra quelle esistenti, la struttura formale della norma da applicare.

Da questo rischio, dell'inutile "polverizzazione" del diritto, ci metteva in guardia, già da tempo, autorevolissima dottrina che in modo esemplare descriveva la progressiva perdita della centralità del codice civile nel diritto privato e lo sviluppo di sottosistemi normativi governati da principi propri¹⁸⁸.

BIBLIOGRAFIA

ACOCELLA C., *"Andamenti ondivaghi del programma di semplificazione del sistema delle partecipate pubbliche"*, in *Federalismi.it*, n. 14/2016.

AMATUCCI C., *Società in house providing, responsabilità degli amministratori e superamento della personalità giuridica nella recente giurisprudenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione*, p. 191-200, in *Corte dei Conti tra tradizione e novità*, Jovene, Napoli, 2014.

ANGELICI C., *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2012.

ASSONIME, *"Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche"*, Roma, settembre 2008, in www.assonime.it.

ATELLI M., MARCHIONNI L., *Lo scopo sociale dell'in house providing fra interesse pubblico e assetto organizzativo*, in *Diritto e pratica amm.*, *Il sole24ore*, 2014, 19.

BASSI A., *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, p. 40.

BERCELLI J., *Potestà statuaria e regolamentare degli enti locali e regime giuridico delle società in house*, pp. 143-158, in *Servizi pubblici e società private*, CEDAM, Padova, 2007.

BONORA C., *"La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche. Nota Ordinanza - Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 13-11-2015, n. 23306"* -28 gennaio 2016, in *"Filodiritto"*, <http://www.filodiritto.com>.

188 V. N. IRTI, *"L'età della decodificazione"* -1978

BRUZZONE G., *La disciplina delle società a partecipazione pubblica: verso un riassetto*, in *Note e Studi* di ASSONIME, 11/2015.

BUONOCORE V., CAPO G., *L'imprenditore società*, in AA. VV., a cura di V. Buonocore, *Manuale di diritto commerciale*, undicesima edizione, Torino, Giappichelli, 2013

CAMERIERO L., DE NICTOLIS R., *Le società pubbliche in house e miste*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, vol. II – Diritto delle società*, nona edizione, a cura di M. Campobasso, Utet, Torino, 2015.

CAPO G., *I presupposti e il procedimento per la dichiarazione del fallimento*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia- L. Panzani, vol. I, Torino, 2009, p. 33.

CARBONETTI F., *Commento all'art. 2359*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, vol. II, t. I, a cura di F. D'Alessandro, Padova, Piccin, 2010.

CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, Vol. 52, n. 1, 2007, 1.

CASSESE S., a cura di, *"Introduzione a Massimo Severo Giannini"*, Bari, Laterza, 2010 (Antologia di scritti di M. S. Giannini).

CHITI M. P., *"Le carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009.

CINTIOLI F., *"Tipi societari, amministrazione e regime di diritto pubblico"*. Contributo al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell'Amministrazione), *"Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica"*, 18 febbraio 2016.

CINTIOLI F., *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in *Le società di partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010, 143.

CIRILLO C. P., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Rivista del notariato*, 2015, fasc. 4, p. 871.

CLARICH M., “Società di mercato e quasi amministrazioni”, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009.

CLARICH M., Conclusioni al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell’Amministrazione), “*Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica*”, 18 febbraio 2016.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2013.

CODAZZI E., *Le nuove società in house: controllo c.d. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, in *Atti del VIII Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale “Orizzonti del diritto commerciale” “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”*, Roma, 17-18 febbraio 2017.

COMINO A., *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comun.*, 2014, 1019.

Commissione Europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Relazione per paese relativa all’Italia 2016 comprensiva dell’esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, Bruxelles, 26 febbraio 2016, SWD (2016), 81 Final, pagg. 74 –75, “*Società a partecipazione pubblica locali*”.

COSSU M., *S.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, Giappichelli, 2011, 243.

D’ANGELO F., *I piani attestati ex art. 67, comma 3, lett. d, L. fall.: luci e ombre a seguito del decreto “Sviluppo”*, in *Giur.comm.*, 2014, I, p. 74 ss.

D’ATTORRE G., *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, p. 329 ss.

D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fallimento*, 2014, p. 493 ss.

DE CARLO E., *Affidamenti in house dei servizi pubblici: lo stato dell'arte*, in www.italiappalti.it.

DI GIULIO M., GALANTI M. T., MANZO C., MORO F. N., *Un nuovo "ircocervo". Privatizzazioni, regolazione e ibridizzazione nelle aziende multi - utility italiane (A new "ircocervo". Privatization, regulation and hybridization in Italian multi-utility companies)*, *Sociologia del lavoro*, n. 135/2014.

DOMINICI G.C., QUATTROCCHIO L.M., *L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in rivista telematica *Diritto ed economia dell'impresa*, Fascicolo 4/2016, diretta da L. M. Quattrocchio, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

DONATIVI V., *I confini ancora incerti del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 765.

DONVITO B.G., *Art. 2359: società controllate e società collegate*, in *Commentario delle società*, vol. I, a cura di G. Grippo, Torino, Utet, 2009.

DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, fasc. 3, p. 561.

FAUCEGLIA G., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da U. Apice, I, Torino, 2010, p.36.

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, quattordicesima edizione, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, Utet, 2015.

FIMMANÒ F., *Le società pubbliche tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol.2, Editoriale scientifica, Napoli, 2014

FIMMANÒ F., *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 8 aprile 2014, in www.ilcaso.it

FIMMANÒ F., *Il fallimento delle "società pubbliche"*, in *Crisi di Impresa e Fallimento*, 2013, p. 7, www.ilcaso.it

FIMMANÒ F., CATRICALÀ A., a cura di, “*Le società pubbliche*”, Regole e Mercati, Collana di Ateneo, Universitas Mercatorum Press, novembre 2016.

GALGANO F., *Commento articolo 1*, in Bricola – Galgano – Santini (a cura di) *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, 1974, p. 90

GAROFOLI R., Introduzione al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell’Amministrazione), “*Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica*”, 18 febbraio 2016.

GHEZZI F., VENTORUZZO M., *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale della società: fine di un privilegio?*, in *Riv.soc.*, 2008, 668.

GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958.

GIUSTI C. A., *La Golden Share nelle società a partecipazione pubblica: modelli europei a confronto*, in www.comparazioneDirittocivile.it.

GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2014.

GOISIS F., “*Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*” e “*La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*”, Milano, 2004.

GUIZZI G., “*Crisi di legalità e crisi economiche delle società pubbliche*”. Contributo al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell’Amministrazione), “*Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica*”, 18 febbraio 2016.

IAIONE C., *Le società in house degli enti locali*, Anci, Roma, 2006

IAIONE C., *Le società in-house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, Napoli, 2012

IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house (nota a Cass. 25 novembre 2013, n. 26283)*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, 13

IBBA C., *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2015 (I), 409

IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società pubbliche* a cura di C. Ibba, C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011.

IBBA C., *Le società in house: nozione e profili applicativi*, *Munus*, 2015 (I), 1.

IBBA C. –DE MURO I., *Il fallimento dell'impresa pubblica in forma societaria*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali* diretto da O. Cagnasso- L. Panzani, Torino, 2016, t. I, pp.368 ss.

IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, n. 3, Padova, p. 511.

JORIO A., *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, pp.261 ss.

LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010.

LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, I, 199.

LUCARELLI A., *“La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate”*, in *Federalismi.it*, n. 21/2016.

MACCHIA M.L., *Le dimensioni del fenomeno*, in *Le società a partecipazione statale*, a cura di M. Macchia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve al diritto delle società*, terza edizione, Padova, CEDAM, 2015.

MALTONI A., *Gli atti delle amministrazioni pubbliche che incidono sul piano strutturale o sul funzionamento delle società partecipate qualificabili come atti “a regime di diritto amministrativo” in Italia, Francia e Spagna*, in www.rivistacorteconti.it .

MEO G., NUZZO A. (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, in *Collana Studi – II Serie, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS* diretta da Antonio Nuzzo, Cacucci Editore, Bari, 2016.

MONTALENTI P., *Le nuove forme organizzative dell'attività economica: il diritto societario "dai tipi ai modelli"*, Relazione al XXIX Convegno di studio su *I modelli di impresa societaria fra tradizione e innovazione nel contesto europeo*, Courmayeur, 18-19 settembre 2015.

MONTEDORO G., "Società in house e responsabilità", in *Astrid – on line*, del 12 marzo 2007.

MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Prime considerazioni a margine del progetto <<Rordorf>> delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Luiss Law Review*, p. 64-82, 2016.

MOSCO G.D., NUZZO A., *Law & Disorder. L'Italia sotto l'attacco delle regole*, in *Month 1*, p. 345-349, 2013.

MULAZZANI G., *Presupposti di fallibilità delle società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, II, pp. 135 ss.

NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006.

NAPOLITANO G., *Soggetti privati, enti pubblici?*, in *Dir. amn.*, 2003, p. 803.

NICO M., "Le società partecipate dagli Enti Locali, dopo la legge di stabilità 2014, così come modificata dal D.L. 6 marzo 2014, n.16", Santarcangelo di Romagna, 2014.

NUZZO A., MOSCO G.D., *Law & Disorder. L'Italia sotto l'attacco delle regole*, in *Month 1*, p. 345-349, 2013.

NUZZO A., MEO G., (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, in *Collana Studi – II Serie, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS* diretta da Antonio Nuzzo, Cacucci Editore, Bari, 2016.

PACCOI A., "I servizi di interesse generale nel Diritto dell'Unione Europea; principi e caratteri", in *Diritto Civile e Commerciale*, 26/9/2013.

PALETTA A., “*Il Governo avvia la riforma delle società partecipate*”, <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2016-02-10/il-governo-avvia-riforma-societa-partecipate>.

PALMIERI G., *La nullità delle società per azioni*, in *Trattato per le società per azioni*, diretto da G. E. Colombo, G.B. Portale, Torino, Utet, 2004, vol. I, 1.

PASQUARIELLO D., *La responsabilità penale dei protagonisti delle procedure di composizione negoziale delle “crisi” d’impresa*, Relazione al Convegno “*Le procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa: opportunità e responsabilità*”, Modena, 2010.

PETTITI P., *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli partecipativi*, Milano, 2007, p. 242.

PIZZA P., *Società a partecipazione pubblica e fallimento. Nuovi argomenti a favore della non fallibilità?*, in www.ilfallimentarista.it. 2013.

PIZZA P., “*Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*”, Milano, 2007.

RAGUGNO G., *Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. società*, 2016, p. 1144 ss.

RACUGNO G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore, A. Bassi, vol. I, Padova, Cedam, 2010, 547.

RACUGNO G., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2015, 475.

RIOLFO G., *Attività “in house” e modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del “controllo analogo”*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2015.

ROMAGNOLI G., *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, fasc. 3, 2006, p. 473 ss.

ROMANO TASSONE A., *Gli statuti delle società per la gestione “in house” dei pubblici servizi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010.

RORDORF R., *Le società “pubbliche” nel Codice Civile*, in *Società*, 2005, p.423.

ROSSI G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, p, 221 ss.

SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, pp. 261 ss.

SANDULLI M., *L’ambito soggettivo delle procedure concorsuali*, in M. Sandulli (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento*, Milano, 2007, pp. 6 ss.

SANDULLI M., *I controlli delle società come strumento di tempestiva rilevazione dello stato di crisi d’impresa*, in *Fallimento*, 2009, 1106.

SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, 2016, p. 47.

SANTOSUOSSO D.U., *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010, 133.

SCARAFONI S., *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Leggi d’Italia*, 2010, p. 446.

SCARCHILLO G., *Commento all’art. 2449 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2010, 785.

SCIUTO M., *La nullità delle società*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, Utet, 2006, vol. I.

SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005.

Senato della Repubblica –Camera dei Deputati. XVII legislatura –Disegni di legge e relazioni –Documenti – Doc. XLVII, n. 1, par. 6 “*Gli organismi partecipati dalle Regioni*”.

- SEVERINO E., *“Il destino della tecnica”*, BUR Rizzoli, 1998.
- SINA G., *Fallibilità delle società pubbliche in house: una questione riaperta (o una falsa questione)? Tra l’incidenza delle nuove direttive UE in tema di house providing e la (in)validità delle relative clausole societarie* in *Riv. dott. Comm.*, 2016, p. 991.
- SORCI E., in *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, p. 273.
- SORICELLI G., *Contributo allo studio del modello organizzativo dell’in house providing*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008.
- STUFANO M., *L’affidamento diretto di servizi pubblici a società “in house providing”*, in www.diritto.it di Francesco Brugaletta, 2017.
- TASSONE A. R., *Gli statuti delle società per la gestione in house dei pubblici servizi*, in *Società a partecipazione pubblica*, G. Giappichelli, Torino, 2010.
- URBANO G., *L’evoluzione giurisprudenziale dell’istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, rivista elettronica diretta da Giuseppe Di Gaspare.
- URBANO G., *“Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione”*, in *Amministrazioni in cammino*.
- URSI R., *Il cammino disorientato delle c.d. società in house*, in *Il diritto dell’economia*, vol. 27, n. 85 (3-2014), Mucchi Editore.
- VENTORUZZO M., SANDRELLI G., *Riduzione del capitale sociale (artt. 2445-2447)*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2013, 28.
- VIETTI M., *Le linee guida per una disciplina delle crisi delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, Giuffrè, 2011, 8.

ZOPPINI A., *“La governance delle società partecipate”*. Contributo al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell’Amministrazione), *“Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica”*, 18 febbraio 2016.