



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto delle crisi d'impresa

**I programmi di valutazione del rischio di crisi d'impresa
nelle società pubbliche**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Vincenzo De Sensi

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Giuliano Fonderico

CANDIDATO

Francesco Nicola Perri

Matricola 110363

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Sommario

INTRODUZIONE	7
CAPITOLO I - LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	11
1. La ricerca di una definizione.	11
1.1 Una precisazione terminologica.	11
1.2 Un’inversione di rotta necessaria.	13
2. Un esame delle tipologie societarie.	14
2.1. Le tipologie: i criteri distintivi per classificarle.	14
2.1.1. La procedura giuridica di creazione.	16
2.1.2. Tipologia di attività esercitata.	17
2.1.3. Struttura del capitale sociale.	18
2.1.4. Ambito di operatività.	20
2.1.5. Titolarità delle quote di partecipazione.	21
2.2. Una conclusione: la composizione “a matrice”.	21
3. Le società a “partecipazione” pubblica e a “controllo” pubblico.	23
4. Partecipazione pubblica diretta ed indiretta.	24
5. La disciplina delle società c.d. “ <i>in house</i> ”.	26
5.1. Definizione e limiti di carattere oggettivo.	27
5.2. Profilo soggettivo: il “controllo analogo” ed il “controllo analogo congiunto”.....	29
5.3. Il requisito dell’attività prevalente.....	33
6. Legittimità delle partecipazioni: un limite generale, le finalità perseguibili e gli oneri di motivazione analitica.	35
CAPITOLO II - I PRINCIPI CARDINE DI GOVERNANCE NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	40

1. Premessa: un passo avanti.	40
2. Il primo comma dell'articolo 6: una deroga al diritto antitrust nazionale.....	41
3. I commi 2-5 dell'articolo 6: gli strumenti di governance ispirati alla <i>best practice</i> internazionale.	43
3.1. Il comma 2: i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale... ..	45
3.2. Il comma 3: gli strumenti integrativi di governo societario.	46
3.3. Il comma 4: la relazione sul governo societario.....	48
3.4. Il comma 5: il principio <i>comply or explain</i>	50
4. L'amministratore unico come organo amministrativo: le possibili deroghe... ..	51
5. La scelta tra sistema dualistico e monistico: potenzialità applicative.....	53
6.1 L'abuso dell'attività di direzione e coordinamento: applicabilità alle società a partecipazione pubblica.	59
6.2 (Segue) I successivi articoli 2497-bis, 2497-ter, 2497-quater, 2497-quinquies: ulteriori regole di <i>governance</i> e loro applicabilità.	61

CAPITOLO III - IL PROGRAMMA DI VALUTAZIONE DEL RISCHIO DI CRISI AZIENDALE..... 65

1. L'obiettivo del legislatore e le finalità del programma	66
2. La disciplina dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale dettata dal Testo Unico.....	67
3. Una premessa necessaria: il binomio insolvenza - crisi d'impresa.....	69
4. La concreta applicazione dei programmi di valutazione del rischio di crisi d'impresa.	73
4.2 Il concetto di emersione degli indicatori di crisi aziendale.	77
4.3 Il principio del <i>going concern</i> : la perdita della continuità aziendale come principale " <i>alarm bell</i> ".	78
4.4 La seconda attività: modificazione, nel tempo, della griglia di indicatori, per la loro calibrazione ad eventuali cambiamenti del contesto operativo.	80

4.5	La terza attività: esposizione all’assemblea, tramite la relazione sul governo societario, dei programmi di valutazione del rischio applicati.....	81
4.6	La quarta attività: l’adozione di un adeguato piano di risanamento ..	83
4.7	(Segue): I piani di risanamento ex art. 14 T.U. e i piani attestati di risanamento ex art. 67 l. fall.	85
5.	Il regime della responsabilità nelle società pubbliche.	87
5.1	La responsabilità dei componenti degli organi sociali delle società pubbliche: l’articolo 12 e la giurisdizione della Corte dei conti.	87
5.2	La responsabilità degli amministratori tra diritto privato e diritto pubblico.	90
5.3	La “grave irregolarità” ex art. 14 comma 3 del TUSPP e la responsabilità ex art. 2409 c.c.....	91
5.4	Gli obblighi di carattere generale come importanti criteri di responsabilità degli amministratori.....	93
5.5	Cenni sulla responsabilità solidale degli amministratori.	96
5.6	Le tre azioni di responsabilità esperibili nei confronti degli amministratori.	98
6.	Le prospettive di riordino e cambiamento nell’ottica del D.Lgs. 14/2019.....	100
	CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	104
	BIBLIOGRAFIA GENERALE	108

INTRODUZIONE

Negli anni più recenti, il tema della disciplina delle società a partecipazione pubblica è stato ampiamente trattato nei suoi aspetti e sviluppi più vari, in *primis* a causa della recente c.d. “*Riforma Madia*” e della conseguente nascita del “*Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*” ma anche, e soprattutto, per via del dibattito che da tali interventi legislativi è scaturito, tanto nel campo dottrinale quanto in quello giurisprudenziale.

È stato proprio tale scenario a far nascere uno spiccato interesse personale di chi scrive, tanto da diventare la tematica di base sulla quale il presente elaborato si struttura per poi condurre, infine, al punto focale della ricerca: i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale.

All'interno del primo capitolo è contenuta una disamina approfondita dell'istituto della società a partecipazione pubblica e delle sue caratteristiche principali. In un primo momento la ricerca si è sforzata di fornire una definizione dell'istituto quanto più completa possibile ed un'analisi delle sue varianti tipologiche. In seguito, il lavoro si è focalizzato su due bipartizioni fondamentali dell'istituto: in primo luogo la distinzione tra “controllo pubblico” e “partecipazione pubblica”, per poi giungere alla differenza intercorrente tra la partecipazione pubblica di tipo “diretto” e quella di tipo “indiretto”. La parte finale del primo capitolo riguarda invece l'istituto correlato delle società c.d. *In House*, la relativa definizione nonché i requisiti, i limiti e le finalità di tale tipologia di società pubblica.

Nel secondo capitolo dell'elaborato si è invece volto lo sguardo sui più importanti principi di *governance* che reggono la disciplina delle società a partecipazione pubblica, introducendo nella trattazione l'art. 6 del Testo Unico, tramite il quale il legislatore prevede il dovere di predisposizione dei programmi di prevenzione del rischio spettante agli amministratori della società pubblica.

Infine, il terzo capitolo si occupa specificamente della disciplina dettata in materia di programmi di prevenzione del rischio di crisi e delle finalità previste dal legislatore per tale istituto, volgendo anche lo sguardo sul binomio insolvenza – crisi d'impresa. Successivamente sono stati analizzati in modo più approfondito e schematico non solo i contenuti veri e propri dei suddetti programmi di valutazione del rischio, ma anche i principi e gli indicatori sui quali essi si reggono.

Nei paragrafi finali dell'ultimo capitolo si è invece trattato il tema del regime della responsabilità nelle società pubbliche, con particolare attenzione a quelle che sono le responsabilità dell'organo amministrativo, specie quelle ricadenti in capo agli amministratori nel caso di mancata attuazione dei programmi di valutazione del rischio.

La chiusura finale dell'elaborato, contenuta nell'ultimo paragrafo, fa breve menzione delle possibilità di riordino della disciplina nell'ottica della prossima entrata in vigore del D.Lgs. 14/2019, il quale introdurrà il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Tale scenario potrebbe comportare importanti risvolti anche sul campo delle società a partecipazione pubblica, specialmente per quanto riguarda la precoce emersione della crisi, nell'ottica di un suo superamento più agevole ed indolore per la società.

CAPITOLO I - LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Sommario: 1. La ricerca di una definizione. – 1.1. Una precisazione terminologica. – 1.2. Un’inversione di rotta necessaria. – 2. Un esame delle tipologie societarie. – 2.1. Le tipologie: i criteri distintivi per classificarle. – 2.1.1. Procedura giuridica di creazione. – 2.1.2. Funzione esercitata. – 2.1.3. Struttura del capitale sociale. – 2.1.4. Ambito di operatività. – 2.1.5. Titolarità delle quote di partecipazione. – 3. Società “a partecipazione” pubblica e “a controllo” pubblico. – 4. Partecipazione pubblica diretta ed indiretta. – 5. La disciplina delle società c.d. “In House”. – 5.1. Definizioni e limiti di carattere oggettivo. – 5.2. Profilo soggettivo: il “controllo analogo” ed il “controllo analogo congiunto”. – 5.3. Il requisito dell’attività prevalente. – 6. Legittimità delle partecipazioni: un limite generale, le finalità perseguibili e gli oneri di motivazione analitica.

1. La ricerca di una definizione.

1.1 Una precisazione terminologica.

Prima di concentrarsi sul tentativo di enucleare una definizione il più precisa possibile di “società a partecipazione pubblica”, si ritiene doverosa una precisazione terminologica riguardo tale locuzione. Essa, infatti, risulta essere solo una delle tante utilizzate ora dal legislatore, ora dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Da una rapida analisi di questi attori sulla scena, diviene subito facile stilare un elenco dei sintagmi utilizzati per riferirsi al fenomeno che si sta analizzando:

“società a totale o parziale capitale pubblico”¹, “società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali”², “società pubbliche”³, “società interamente in mano pubblica”⁴, “società a partecipazione pubblica”.

Ad ogni modo, potrebbe sembrare che la locuzione *“società pubbliche”* sia quella dotata di un maggior livello di onnicomprensività ed allo stesso tempo quella che gli autori utilizzano con maggiore frequenza e versatilità. Ad esempio, Carlo Ibba scrive al riguardo: *“con tale espressione si designano comunemente enti societari (e dunque privati) a partecipazione pubblica, nei quali, cioè, pubblico non è l’ente considerato bensì i soggetti – o alcuni dei soggetti – che vi partecipano; tanto che [...] si distinguono, usualmente, società a partecipazione pubblica minoritaria, maggioritaria, totalitaria. Ampliando un po’ la categoria, possiamo ricomprendervi anche società che, pur non essendo partecipate da uno o più enti pubblici, ne subiscono in qualche modo il controllo o, per così dire l’influenza”⁵.*

Nonostante ciò, analizzando l’utilizzo fatto del termine *“società pubblica”* è evidente come ad esso non viene attribuito sempre lo stesso significato, anzi, ogni autore vi attribuisce significato differente.

¹ Art. 1, co. 734, l. 296/2006.

² Art. 1, co. 550, l. 147/2013.

³ Cons. Stato, Sez. IV, 8 Maggio 2014, n. 2362, in www.dejure.it

⁴ Cass., S.U., 10 Marzo 2014, n. 5491, in www.dejure.it

⁵ C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, pp. 1 e ss.

Per quanto attiene invece al sintagma “*società a partecipazione pubblica*”, ne troviamo la definizione già all’interno del TUSPP, ripresa anche da Luigi D’Orazio: “*Le società a partecipazione pubblica [sono ndr.] le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubbliche*”.

È evidente, allora, che la definizione di società a partecipazione pubblica è in grado di ricomprendere al suo interno sia le società a controllo pubblico, sia le società *in house*”⁶. Quindi è facile comprendere come anche questa locuzione possa essere utilizzata in diverse circostanze purché, però, un ente pubblico assuma la qualità di socio⁷.

1.2 Un’inversione di rotta necessaria.

Da un primo sguardo d’insieme ciò che risulta evidente è la difficoltà di racchiudere fin da subito questo fenomeno, che continueremo per comodità a chiamare “*società a partecipazione pubblica*”, in un’unica definizione. Come si è sopra analizzato e come già risaputo da tempo⁸, si tratta di una realtà

⁶ L. D’ORAZIO, *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, IPSOA, 2017, pag. 242.

⁷ A. PAPA MALATESTA, *Partecipazioni pubbliche*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, p. 693.

⁸ M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, UTET, 1992, VIII, p. 4, scriveva che “*non esiste nell’ordine positivo <<la società a partecipazione pubblica>> come autonoma ed unitaria categoria giuridica; esistono, se si vuole, <<le società a partecipazione pubblica>>*”.

giuridica tutt'altro che lineare; ciò significa che prodigarsi così prematuramente alla ricerca di una definizione univoca porterebbe solo a perdersi nel dedalo di possibili varianti delle società in oggetto.

Inoltre, è da precisare che per le finalità che questo lavoro si prefigge, più che una definizione puntuale del fenomeno in oggetto è importante, prima di tutto, riuscire a dare uno sguardo d'insieme all'ambiente che si sta analizzando, per poi concentrarsi su definizioni e aspetti più specifici della materia.

Anche per questo motivo, si rende necessario un cambio di rotta momentaneo: infatti, nell'immediato proseguio della trattazione sarà necessario mettere da parte l'obbiettivo di addivenire ad una definizione univoca, ma si volgerà prima lo sguardo e l'attenzione su una rassegna delle tipologie societarie, andando ad analizzare e descrivere brevemente le più importanti tra queste. Solo una volta fatta chiarezza in merito si potrà passare oltre e occuparsi di fornire una definizione puntuale riguardo alle società in cui è presente ora il “*controllo*”, ora la “*partecipazione*” pubblica (si veda *infra* cap. I, par. 3).

2. Un esame delle tipologie societarie.

2.1. Le tipologie: i criteri distintivi per classificarle.

Per fare chiarezza ed avere uno sguardo d'insieme sarà quindi necessario analizzare tali tipologie e stilarne un elenco evidenziando, per ognuna di esse, il criterio distintivo che ne permette l'individuazione.

Ebbene, si tratta di una scelta che molti autori hanno intrapreso trovandosi a scrivere di questa stessa materia⁹. Volendo in questa sede percorrere questo stesso sentiero già ampiamente battuto, risulta facile evidenziare almeno alcune (per motivi di celerità) tipologie di società: quelle costituite da una legge dello stato o da una legge regionale; altre costituite con la specifica finalità dell'erogazione e/o produzione di un servizio riservato al socio pubblico; altre ancora che svolgono attività imprenditoriale in mercati concorrenziali e non concorrenziali¹⁰.

È evidente quindi, come i criteri distintivi utili per la classificazione delle società a partecipazione pubblica siano veramente numerosi: la procedura giuridica di creazione, il tipo di attività esercitata, la struttura del capitale sociale, l'ambito di operatività, la titolarità delle quote di partecipazione. In sostanza, molte sono le variabili che originano ed alimentano i differenti regimi giuridici delle società a partecipazione pubblica¹¹.

⁹ C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *Riv. dir. impresa*, 2010, 215, evidenzia “*si concorda oggi – ed è giusto concordare – sul fatto che non esiste una categoria unitaria alla quale ricondurre tutte le società a partecipazione pubblica; esistono svariate tipologie di società pubbliche, destinatarie di discipline fra loro diversificate*”.

¹⁰F. LUCIANI, “*Pubblico*” e “*privato*” *nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2012, p.723.

¹¹ M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, p. 565.

2.1.1. La procedura giuridica di creazione.

Il primo criterio distintivo da cui sembra necessario iniziare è quello della modalità giuridica di creazione della società a partecipazione pubblica. Volendo fare una sintesi, una società a partecipazione pubblica può avere due tipi diversi di coordinate genetiche. Il primo tipo è quello cosiddetto “ordinario”, cioè contrattuale o per atto unilaterale, così come previsto dal libro V del codice civile: in tali casi la creazione della persona giuridica è effetto dell’attuazione della capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, mentre il modello societario prescelto discende da una valutazione di tipo discrezionale e dipendente dallo scopo dell’ente costituente.

Il secondo tipo è quello del potere, in cui la società nasce o in forza di una previsione di legge o per una combinazione tra previsione generica di legge ed una sua specifica definizione in atti amministrativi¹².

Quindi, riassumendo, la società non nasce necessariamente dalla comune volontà dei soci. In determinati casi, la società nasce perché la sua costituzione è obbligata perché disposta *ex lege* oppure, in altri casi, la sua costituzione è facoltativa. Nel primo caso le società vengono dette “*legali*”, in quanto la loro fonte diretta è una legge istitutrice. Nel secondo caso la legge ne autorizza solamente la costituzione, che eventualmente avverrà in seguito; ed è proprio per questo motivo che tali società vengono anche dette “*facoltative*”, in quanto

¹² M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell’interesse e procedimento di costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, p. 566.

non è detto che l'amministrazione che abbia ottenuto la relativa autorizzazione decida effettivamente di dare alla luce la società pubblica in oggetto¹³.

2.1.2. Tipologia di attività esercitata.

Il successivo criterio, relativo al tipo di attività svolta dalla società a partecipazione pubblica, conduce il discorso alla tradizionale bipartizione tra società che svolgono attività d'impresa e società che conducono, invece, attività non imprenditoriale¹⁴. In relazione a questa prima distinzione, è necessario precisare che l'articolo 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007 successivamente ripreso e confermato dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. 19 Agosto 2016, n. 175) pone delle importanti restrizioni. Ebbene, tale disposizione ha stabilito che al fine di tutelare il corretto svolgimento della concorrenza e la stabilità del mercato, le amministrazioni pubbliche non possono costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né tantomeno possono

¹³ R. GUARINO, *La causa pubblica alla luce del Testo Unico 175 del 2016*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo I, p. 286.

¹⁴ M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, p. 565

assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società¹⁵.

Un'ulteriore distinzione è quella proposta da Assonime tra “*società di mercato*” e “*semi-amministrazioni*”¹⁶. Più nel dettaglio le c.d. semi-amministrazioni sono suddivisibili in tre ulteriori categorie che hanno finalità diverse dall'esercizio di attività d'impresa con scopo lucrativo: il modello delle società *in house* molto diffuso tra gli enti locali, che permette l'affidamento diretto di servizi pubblici, in deroga alle procedure ad evidenza pubblica; le società (come Anas o Enav) alle quali vengono attribuite funzioni pubbliche; ed infine le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche¹⁷.

2.1.3. Struttura del capitale sociale.

Un ulteriore criterio che viene in aiuto per la classificazione delle società a partecipazione pubblica è quello che attiene alla composizione del capitale sociale. *In primis* si possono individuare le società a totale partecipazione pubblica, in relazione alle quali sembra necessario un piccolo salto nel passato. Ebbene, un tempo alcuni grandi servizi pubblici erano gestiti nella forma della

¹⁵ M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 856.

¹⁶ ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in [http://: www.assonime.it](http://www.assonime.it).

¹⁷ M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, 2009, p. 254.

“azienda”: basti pensare all’ *Azienda Autonoma delle Ferrovie dello Stato* o all’ *Azienda di Stato per i servizi telefonici*. A livello locale l’*azienda speciale* è stata infatti per molto tempo la forma tipica utilizzata per gestire i servizi pubblici locali. Tuttavia, nel tempo tali aziende speciali sono state in gran parte sostituite dalle società a totale partecipazione pubblica. In questo modo è nato il modello della società c.d. “*in house*”, cioè un organismo che ha la forma giuridica di una società di diritto privato, ma che nella sostanza è uno strumento di azione pubblica, o meglio, un *alter ego* dell’amministrazione^{18 19}.

In secondo luogo, troviamo le società miste pubblico-private, le quali non hanno una vera e propria definizione a livello comunitario ma possiamo trovare una loro identificazione nel Libro Verde²⁰. Quest’ultimo le identifica in qualunque forma di cooperazione tra autorità pubbliche e il mondo delle imprese, avente la finalità di garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio. In tal senso, si possono distinguere due tipi di *partnership*: contrattuale ed istituzionalizzato. Nel primo caso la *partnership* ha solo natura convenzionale e può assumere la forma di appalto o di concessione. Nel secondo caso, invece, le *partnership* istituzionalizzate consistono in una cooperazione che avviene tramite la costituzione di un’entità a capitale misto,

¹⁸ G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, p. 212, CEDAM, 2016.

¹⁹ L’argomento delle società *in house* verrà autonomamente e più approfonditamente trattato nel paragrafo 4.

²⁰ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, Bruxelles, 30 Aprile 2004.

con una propria personalità giuridica e il cui oggetto sociale è l'esecuzione di un contratto o una concessione pubblica²¹. Per dovere di completezza, sembra necessario precisare che il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, distingue le suddette società miste tra quelle miste a prevalenza pubblica e quelle miste a prevalenza privata²².

2.1.4. Ambito di operatività.

Passando a ciò che attiene al contesto in cui le società a partecipazione pubbliche si trovano a nascere ed operare, una prima suddivisione che può essere fatta è quella tra società che agiscono a livello internazionale, nazionale, regionale e locale; in tal senso una classificazione avviene su base "geografica"²³.

In secondo luogo, le società a partecipazione pubblica possono distinguersi anche a seconda che il loro operato avvenga in regime di monopolio, di oligopolio oppure in situazione di libero mercato²⁴.

²¹ M. LIBANORA, *Le società miste pubblico-private e le operazioni di project financing*, p. 29, IPSOA, 2011.

²² D. Lgs. 19 agosto 2016, n 175, meglio noto come "Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica"

²³ A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema*, p. 63.

²⁴ A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema*, p. 63; M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e*

2.1.5. Titolarità delle quote di partecipazione.

Come indicato nel Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, nel quale si fa riferimento all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, “*per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, [...] le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, [...]*”²⁵. In relazione a tale nozione si può quindi effettuare un'ulteriore classificazione in base all'ente partecipante; tuttavia questa distinzione non sempre può essere operata poiché sempre il Testo Unico prevede anche la possibilità di una partecipazione nella società da parte di una pluralità di soci pubblici²⁶.

2.2. Una conclusione: la composizione “a matrice”.

Fino ad ora si è avuto modo di individuare ed analizzare alcuni dei criteri in base ai quali è possibile mettere ordine in quel dedalo formato dalle numerose varianti di società a partecipazione pubblica. Tuttavia, la classificazione sviluppata nei precedenti paragrafi, sebbene consenta di individuare varie

procedimento di costituzione, p. 565 il quale parla di “*società che operano nel mercato e società che sono poste fuori di esso*”.

²⁵ D. Lgs. 19 Agosto 2016, n 175, meglio noto come “*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*”.

²⁶ D. Lgs. 19 Agosto 2016, n 175, meglio noto come “*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*”.

tipologie di società a partecipazione pubblica, riesce in tale obiettivo soltanto prendendo in considerazione un solo ed unico criterio di volta in volta. Ecco che quindi il quadro tracciato finora rischia di essere riduttivo ed incompleto se confrontato con l'attuale stato dell'arte dell'istituto che si sta analizzando.

Una soluzione a questo problema di completezza sembra essere il punto di vista di Vincenzo Donativi che scrive al riguardo: “[...] ormai lo statuto normativo delle società pubbliche si caratterizza per una composizione a matrice, dove ogni società deve andare a ricostruire la propria disciplina complessiva, sommando i singoli frammenti di disciplina che si legano ai singoli frammenti della complessiva fattispecie, quale ricostruibile a seconda della natura dell'ente partecipante, dalla dimensione della partecipazione, [...] e così via”²⁷.

Proprio grazie a questo metodo il fenomeno delle società a partecipazione pubblica può essere classificato e riordinato in base a tutta una serie di criteri, sempre nuovi ed in evoluzione, che potranno quindi intrecciarsi tra di loro per qualificare delle particolari fattispecie²⁸.

Sebbene questa soluzione permetta di mettere ordine nella folla costituita dalle varie conformazioni di società a partecipazione pubblica, allo stesso tempo conduce questa trattazione ad occuparsi del confronto tra le già in parte analizzate società “a partecipazione pubblica” e le società “a controllo” pubblico.

²⁷ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 11, Ipsoa, 2016.

²⁸ *Ivi*, p. 12.

3. Le società a “partecipazione” pubblica e a “controllo” pubblico.

La *summa divisio* di cui ci si appresta a discutere, come rileva Vincenzo Donativi, si rinviene nell’art. 2 del TUSPP dove si stabilisce che da un lato le società a partecipazione pubblica costituiscono il *genus*, dall’altro le società a controllo pubblico ne integrano una *species*.

Per quanto qui interessa, infatti, l’art. 2 del TUSPP è fondamentale in quanto da un lato stabilisce che le società a partecipazione pubblica sono “*le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico*”; dall’altro fornisce la definizione di società a controllo pubblico individuandole come quelle “*società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)*”. Quest’ultima nozione deve, tuttavia, essere necessariamente letta in combinato disposto con altre definizioni ed in particolare con la lett. b) dell’art. 2 TUSPP, la quale definisce il controllo come “*la situazione descritta nell’art. 2359 del codice civile*”²⁹ ma precisa anche come “*il controllo sussiste anche quando [...] per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”³⁰.

²⁹ Detto articolo individua come società controllate le società in cui altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; le società in cui altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

³⁰ V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. Comm.*, 2018, fascicolo 5, p. 748.

Conseguentemente a tale bipartizione, è possibile classificare le stesse norme del TUSPP individuando da un lato una disciplina generale, che ha ad oggetto le società a partecipazione pubblica in generale, e dall'altro lato si rinviene invece una disciplina speciale, che risulta essere più stringente e puntuale, destinata alla regolazione delle sole società a controllo pubblico³¹.

4. Partecipazione pubblica diretta ed indiretta.

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di analizzare, seppur per grandi linee, le varie sfaccettature e varianti che la società a partecipazione pubblica può assumere.

Sembra adesso necessario volgere lo sguardo un po' più in là e concentrare l'attenzione sul termine "partecipazione", al fine di spiegarne brevemente il significato giuridico che qui rileva e distinguere quali forme possa assumere questa partecipazione pubblica.

Partendo con ordine, alla lettera *f* dell'articolo 2 del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, viene specificato che la "partecipazione" consiste nella "*titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi*"³².

Una partecipazione di questo tipo detenuta da una pubblica amministrazione

³¹ V. DONATIVI, "*Società a controllo pubblico*" e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. Comm.*, 2018, fascicolo 5, p. 748.

³² D. Lgs. 19 Agosto 2016, n 175, meglio noto come "*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*".

viene definita con l'aggettivo “*diretta*”³³ e quindi senza un organismo che faccia da tramite, sebbene ciò non venga specificato nel Testo Unico.

Proseguendo tra le definizioni fornite dal Testo Unico, alla lettera successiva, ci si imbatte nella cosiddetta “*partecipazione indiretta*”: il decreto dispone che con questa locuzione si intende “*la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o di altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica*”³⁴.

In realtà, si tratta di una dizione frutto di una proposta contenuta nel parere n. 986/2016 del Consiglio di Stato; la formulazione originaria, infatti, risultava essere poco chiara nell'indicare quale fosse il soggetto detentore della partecipazione rilevante ed è stata sostituita con quella per cui la partecipazione indiretta risulta essere detenuta “*in una società che sia a sua volta partecipata da una società o da altro organismo soggetto a controllo da parte di un'amministrazione pubblica*”³⁵. Dalla lettura di tale definizione emerge anche come la partecipazione detenuta in via indiretta dalla pubblica amministrazione deve essere detenuta per il tramite di una società controllata e non di una società semplicemente partecipata³⁶.

³³ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 1292, Ipsoa, 2016.

³⁴ D. Lgs. 19 Agosto 2016, n. 175, meglio noto come “*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*”.

³⁵ D. E. BRICI e A. DONATO, *Commento agli artt. 1-2. in Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 Agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, p. 31-32.

³⁶ *Ibidem*.

In effetti, è evidente quanto sia importante applicare il Testo Unico anche alle partecipazioni indirette, perché si tratta di un fenomeno rilevante sia per quantità che per qualità e che può avere importanti ripercussioni e implicazioni sulle scelte di gestione strategica ed operativa delle società controllate³⁷. Difatti, vi sono numerose società importanti e di rilievo a livello nazionale all'interno delle quali le amministrazioni detengono partecipazioni indirette, come, ad esempio, all'interno del Gruppo Ferrovie dello Stato, oppure dei Gruppi Poste Italiane o Enel³⁸.

All'interno del Testo Unico, peraltro, si rinviene più volte la precisazione espressa in base alla quale si prevede l'applicazione di alcune norme anche alle partecipazioni indirette, come nel caso dell'art.4 relativo alle finalità perseguibili da parte delle amministrazioni pubbliche o nel caso dell'art. 5 quando si riferisce agli obblighi di motivazione analitica³⁹.

5. La disciplina delle società c.d. “*in house*”.

Nelle pagine precedenti (par. 2.1.3) è stato brevemente introdotto l'argomento delle società *in house* ed in particolare è stata descritta la nascita di questo istituto ormai largamente diffuso; tuttavia sembra in questa sede necessario

³⁷D. E. BRICI e A. DONATO, *Commento agli artt. 1-2. in Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 Agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, p. 31-32.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

riservare all'argomento uno spazio dedicato nel quale delineare meglio le peculiarità e la disciplina dell'istituto in oggetto.

5.1. Definizione e limiti di carattere oggettivo.

È noto come l'*in house* costituisca un modello organizzatorio utilizzato dalla Pubblica Amministrazione (P.A.) per reperire prestazioni a contenuto negoziale aventi ad oggetto lavori o servizi senza ricorrere ad un procedimento di evidenza pubblica per l'individuazione del contraente affidatario. Nello specifico, viene fatto ricorso ad un ente strumentale, che risulta peraltro distinto dalla P.A. sul piano formale⁴⁰.

Ovviamente il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica detta disposizioni anche riguardo all'importante istituto dell'*in house providing* e lo fa in coordinamento con la disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici approvato con il decreto legislativo 18 Aprile, n. 50, a sua volta adottato in attuazione di direttive europee (23, 24 e 25 del 2014)⁴¹.

Infatti, prima della direttiva comunitaria 24/2014, il modello dell'*in house providing* non risultava disciplinato nel quadro normativo nazionale e veniva

⁴⁰ R. GAROFALI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, 2015, p.213.

⁴¹ A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno, p. 213.

ancora individuato come istituto enucleato dalla giurisprudenza comunitaria come conseguenza del noto caso “Teckal”⁴².

Volendo brevemente rispolverarne i punti salienti, si ricordi come alla Corte di Giustizia venne sottoposta la questione relativa alla legittimità dell’affidamento diretto di una fornitura di prodotti e di una prestazione di servizi a favore di un consorzio a cui partecipava lo stesso ente affidante; la Corte ha osservato che non è necessaria la procedura di evidenza pubblica nella circostanza in cui l’affidamento avviene a vantaggio di un soggetto che non è “terzo” rispetto all’amministrazione. Questa situazione si verifica quando l’amministrazione aggiudicatrice eserciti sull’affidatario un “*controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*” e quando quest’ultimo realizzi “*la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la detengono*”. Di conseguenza la Corte ha stabilito che la scelta dell’*in house*, ricorrendo i suddetti presupposti, rientri nell’autonomia organizzativa dell’amministrazione, senza peraltro ledere in alcun modo la concorrenza⁴³.

Riguardo poi l’oggetto sociale, dal Testo Unico delle società partecipate ricaviamo che le società *in house* possono avere come oggetto sociale “esclusivo” una o più attività tra quelle elencate dal comma 2 del suddetto articolo, ad esclusione della lettera c, quindi: produzione di un servizio di interesse generale, progettazione o realizzazione di un’opera pubblica,

⁴² L. IMPARATO, *Il modello delle società in house: art. 16 del testo unico ed altre disposizioni dell’ordinamento*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno, p. 235.

⁴³A. GIUSTI, *Società in house – I requisiti dell’in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, in *Giur. It.*, 2017, 2, 439 (nota a sentenza).

autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, servizi di committenza⁴⁴.

5.2. Profilo soggettivo: il “controllo analogo” ed il “controllo analogo congiunto”.

Il requisito del controllo analogo costituisce la prima condizione assolutamente indispensabile affinché si possa ritenere che l'amministrazione affidante e il soggetto affidatario siano collegati da un rapporto interorganico, andando quindi ad escludere che tra di essi vi sia un rapporto di terzietà⁴⁵.

La definizione di controllo analogo è fornita dal Testo Unico stesso quando all'art. 2 precisa che con tale locuzione si intende “[..] *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*”⁴⁶.

Tuttavia, è noto come il requisito del controllo analogo sia frutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Nello specifico, la sentenza del 18 Novembre del 1999 sulla famosa causa “Teckal”, stabilì (come già accennato

⁴⁴ D. Lgs. 19 Agosto 2016, n 175, meglio noto come “*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*”.

⁴⁵ E. STANIZZI, *Le società in house*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 86-87, Nel diritto editore, 2018.

⁴⁶ D. Lgs. 19 Agosto 2016, n 175, meglio noto come “*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*”.

nel paragrafo precedente) la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio ad un soggetto con diversa personalità giuridica e quindi distinto dall'amministrazione affidante, nella misura in cui l'ente pubblico realizzi sull'affidatario un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi ed a condizione che esso svolga la parte più importante della propria attività con l'ente. In sostanza, quindi, la Corte chiarisce che il controllo analogo è ravvisabile quando, dati gli ampi poteri di controllo e vigilanza della P.A. verso l'ente *in house*, questo è assoggettato gerarchicamente alla prima, come se si trattasse di un ufficio interno⁴⁷.

Inoltre, la Corte di Giustizia ha specificato che affinché sia configurabile il controllo analogo è necessario il controllo pubblico totalitario; in caso contrario, una partecipazione, anche se minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'Amministrazione aggiudicatrice, esclude che tale amministrazione possa esercitare un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi ed uffici⁴⁸. Quest'ultima determinazione proviene dalla famosa sentenza *Stadt Halle*, la quale si riferisce ad un caso sottoposto alla Corte relativo all'affidamento di un appalto per servizi di trattamento dei rifiuti, affidato da un comune tedesco a favore di una società il cui capitale era detenuto per il 75,1% dall'amministrazione

⁴⁷ A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno, p. 217.

⁴⁸ M. CASAVECCHIA, *Le società pubbliche alla luce del TU 175/2016: riflessioni su costituzioni e statuti*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno, p. 351.

aggiudicatrice stessa in qualità di socio di maggioranza e per il 24,9% da una società privata in quanto socio di minoranza⁴⁹.

Il filo logico seguito dalla Corte si basa sull'assunto che, mentre il rapporto tra autorità pubblica, che sia anche amministrazione aggiudicatrice, e i suoi servizi si basa sulla logica del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, invece l'investimento di capitale privato in un'impresa è dettato da interessi e obiettivi privati totalmente diversi⁵⁰.

La Corte di giustizia ha riconfermato tale orientamento anche nella sentenza *Co. Na. Me.*, con la quale viene esclusa la fattibilità di affidamenti *in house* ogniqualvolta il soggetto aggiudicatore è partecipato da privati proprio perché, secondo il Collegio, la stessa presenza del privato è idonea *ex se* ad escludere la configurazione di un controllo analogo⁵¹.

Inoltre, la Corte con la sentenza del 13 ottobre 2005 relativa alla causa *Parking Brixen* – riguardante l'affidamento proveniente da un comune ad una società a totale partecipazione pubblica dell'attività di gestione di parcheggi pubblici a pagamento – ha stabilito che affinché vi sia il controllo analogo non basta che il capitale sociale sia interamente in mano di soggetti pubblici, ma è fondamentale che l'autorità pubblica eserciti un'influenza determinante sia

⁴⁹ G. STANCANELLI – I. MOSCARDI – R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, 2008, Vol. I, p. 321 e ss.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ M. DIDONNA, *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urbanistica ed appalti*, 2006, fasc. 4, p. 377.

sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti⁵². Peraltro, nel caso in esame, i membri del consiglio di amministrazione erano stati statutariamente investiti delle facoltà di adottare ogni atto che ritenessero necessario per conseguire l'oggetto sociale: di conseguenza, la Corte ha ritenuto che i poteri residui attribuiti al socio di maggioranza non fossero bastevoli per permettere all'ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi⁵³.

Per ciò che attiene invece alla nozione di controllo analogo congiunto, anche questa è contenuta nell'art. 2 del Testo Unico ai sensi del quale il controllo è analogo se esercitato congiuntamente con altre amministrazioni⁵⁴.

Al riguardo, la giurisprudenza europea e poi quella nazionale hanno col tempo dato alla luce un orientamento interpretativo in base al quale la relazione intercorrente tra il soggetto pubblico che affida la gestione di un servizio pubblico esternalizzandola rispetto alla propria organizzazione e la società che viene incaricata della gestione, può costituire “controllo analogo” anche se tale soggetto pubblico esercita il controllo *congiuntamente* ad altre

⁵² G. STANCANELLI – I. MOSCARDI – R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, 2008, Vol. I, p. 321 e ss.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ D. Lgs. 19 Agosto 2016, n 175, meglio noto come “*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*”.

amministrazioni, nonostante detengano una minima partecipazione al capitale sociale⁵⁵.

Su questo tema, risulta fondamentale la sentenza *Coditel Brabant SA*, in quanto si tratta della prima sentenza che ha espressamente affermato la configurabilità del controllo congiunto anche in caso di controllo esercitato non in modo individuale, ma unitamente ad altre autorità socie⁵⁶.

In sostanza, è possibile ritenere compatibile con la disciplina della gestione *in house* anche le società pubbliche pluripartecipate, nonostante in questi casi avvenga che alcuni enti soci possano esprimere un'influenza solo indiretta sulla gestione e sulle decisioni della società affidataria poiché rivestono il ruolo di soci di minoranza⁵⁷.

5.3. Il requisito dell'attività prevalente.

Sempre sulla base della sentenza c.d. Teckal, la giurisprudenza ha richiesto, affinché sia configurabile l'*in house providing*, che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la

⁵⁵ F. LEGGIADRO, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 3, 2013, p. 307 e ss.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

controllano⁵⁸. Infatti, nel Testo Unico al comma 3 dell'art. 16, tale orientamento giurisprudenziale è stato riprodotto prevedendo 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*”⁵⁹.

In aggiunta, si rileva che rispetto alla norma corrispondente della Direttiva 24/2014/UE (art. 12, comma 1, lett. b) e del Codice dei Contratti (art. 5, comma 1, lett. b), il legislatore del Testo Unico si è preoccupato di prevedere un ulteriore limite contenuto nel comma 3-bis dell'art. 16: con tale previsione si consente infatti lo svolgimento di attività verso terzi solo se questa sia in qualche modo funzionale a recuperare l'efficienza dell'attività principale⁶⁰.

Quindi, riassumendo con le parole di Luciano Imparato “[...] *l'organismo partecipato non solo è tenuto allo svolgimento dell'attività in favore dell'ente partecipante per una misura superiore all'ottanta per cento, ma è anche tenuto a giustificare che l'eventuale produzione ulteriore a tale limite consente il raggiungimento di economie di scala oppure sia giustificata dall'esigenza di*

⁵⁸ A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno, p. 221.

⁵⁹ D. Lgs. 19 Agosto 2016, n 175, meglio noto come “*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*”

⁶⁰ A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno, p. 222.

compensare eventuali perdite di efficienza derivanti dallo svolgimento dell'attività prevalente"⁶¹.

6. Legittimità delle partecipazioni: un limite generale, le finalità perseguibili e gli oneri di motivazione analitica.

Per concludere questa prima parte di analisi riguardante le società a partecipazione pubblica nella loro generalità, è fondamentale la trattazione di quelli che sono i requisiti richiesti dal Testo unico affinché tali partecipazioni risultino essere legittime. Al riguardo, il primo limite di carattere generale viene fornito dal primo comma dell'art. 4 del Testo unico che recita: *“le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*. Ci si trova davanti ad un vincolo di scopo pubblico, tramite il quale il legislatore si è preoccupato di ribadire un concetto molto chiaro: tra lo strumento societario e le finalità dell'ente pubblico deve necessariamente sussistere una forte correlazione⁶². Tale norma, come anticipato già in precedenza (par. 2.1.2),

⁶¹ L. IMPARATO, *Il modello delle società in house: art. 16 del testo unico ed altre disposizioni dell'ordinamento*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno, p. 249.

⁶² A. DE GIROLAMO, *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 67, Nel diritto editore, 2018.

riprende l'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 4 Dicembre 2007 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008). Secondo la giurisprudenza amministrativa, si tratta di un limite all'utilizzo dello strumento societario finalizzato a garantire il rispetto del principio di legalità e il perseguimento dell'interesse pubblico; limite che, peraltro, denota un chiaro disfavore del legislatore verso la costituzione, da parte di amministrazioni pubbliche, di società commerciali con scopo di lucro ma lontane dalle finalità istituzionali⁶³.

Tale limite va a costituire la prima fra le condizioni di legittimità all'acquisizione e al mantenimento delle partecipazioni da parte delle amministrazioni pubbliche.

Del secondo limite, cioè il vincolo relativo alle specifiche attività perseguibili contenuto nel secondo comma dell'art. 4 del Testo Unico, si è già parlato durante l'analisi delle società *in house* (par. 2.1.2.). Sembra appena il caso di precisare che la norma prevede, in generale, cinque ambiti di attività perseguibili tramite acquisizione e gestione di partecipazioni pubbliche, mentre per le società *in house* viene esclusa la lettera c), relativa alla realizzazione o gestione di opere pubbliche.

La terza condizione rubricata dal Testo Unico consiste nell'adempimento agli oneri di motivazione analitica.

Sovente soleva avvenire, nel periodo precedente all'avvento del Testo Unico, che la costituzione o l'acquisto di partecipazioni in società da parte della Pubblica Amministrazione fosse dettato da un generico atto di indirizzo politico-amministrativo o che si basasse solo su motivazioni meramente

⁶³ *Ibidem.*

enunciative ed è proprio per questo motivo il Testo Unico prevede oggi il suddetto onere di motivazione analitica⁶⁴.

Per motivi di completezza espositiva preme anche ricordare come, in realtà, il testo originario prevedeva anche un paragrafo all'interno del quale la partecipazione a società si configurava come ipotesi del tutto residuale, alla quale doveva essere preferita piuttosto l'esternalizzazione⁶⁵. Sarà poi il decreto correttivo (D. Lgs. N. 100/2017) ad elidere la parte di norma in oggetto, facendo sì che, ad oggi, la partecipazione a società venga vista come ipotesi normale e liberamente percorribile, purché venga motivata come opportuna e in linea con l'interesse pubblico⁶⁶.

Infatti, per usare le parole di Vincenzo Donativi “[...] *la disciplina delle condizioni generali di legittimità dell’assunzione di partecipazioni societarie in mano pubblica non si limita alla imposizione di un limite generale affidato, ancora una volta, al criterio della stretta necessità, ma si articola in una serie di previsioni, che vanno anche oltre l’art. 4 [...] tra cui spicca, in particolare, la disposizione di cui all’art. 5, con la quale sono imposti Oneri di motivazione analitica per l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisizione di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite*”⁶⁷.

⁶⁴ G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica – Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 5/2017, IPSOA, 2017, p. 606.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 96, Ipsoa, 2016

Il criterio della stretta necessità deve intendersi la necessità di una funzionalità dell'azione, nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali, particolarmente qualificata; in sostanza, l'agire della pubblica amministrazione sarà legittimato nel momento in cui si tratti di una *condicio sine qua non* per la realizzazione dei fini istituzionali⁶⁸.

In base a quanto stabilito dal Testo Unico, quindi, l'atto deliberativo dovrà motivare analiticamente la necessità della società ai fini del perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione pubblica partecipante; dovrà inoltre fornire le ragioni di tale scelta anche sulla base della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, in coordinazione con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

⁶⁸ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 50, Ipsoa, 2016

CAPITOLO II - I PRINCIPI CARDINE DI GOVERNANCE NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il primo comma dell’art. 6: una deroga al diritto antitrust nazionale. – 3. I commi 2-5 dell’art. 6: gli strumenti di governance ispirati alla best practice internazionale. – 3.1. Il comma 2: i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale. – 3.2. Il comma 3: gli strumenti integrativi di governo societario. – 3.3. Il comma 4: la relazione sul governo societario. – 3.4. Il comma 5: il principio “comply or explain”. – 4. L’amministratore unico come organo amministrativo: le possibili deroghe. – 5. La scelta tra sistema dualistico e monistico: potenzialità applicative. – 6. L’attività di direzione e coordinamento: tra Testo Unico e Codice Civile. – 6.1. L’abuso dell’attività di direzione e coordinamento: applicabilità alle società a partecipazione pubblica. – 6.2. (Segue) I successivi articoli 2497-bis, 2497-ter, 2497-quater, 2497-quinquies: ulteriori regole di governance e loro applicabilità.

1. Premessa: un passo avanti.

Fino a questo momento e con il capitolo precedente si è tentato di osservare e chiarire, non senza qualche difficoltà, le varie sfaccettature che una società a partecipazione pubblica può assumere. Tale sforzo si è rivelato fondamentale per poter fornire al lettore un quadro d’insieme sull’istituto e, soprattutto, per addivenire ad una definizione sufficientemente esaustiva del suddetto.

Ebbene, una volta tracciato il ritratto di questa peculiare tipologia societaria, è possibile salire lo scalino successivo che porterà la presente trattazione ad

individuare ed analizzare quelli che sono i vari presidi introdotti dal Testo Unico finalizzati al controllo e all'informazione circa l'attività svolta dalla società da una parte, alla valutazione e prevenzione di eventuali rischi dall'altra.

Nello specifico, nelle pagine a seguire, la trattazione si concentrerà in larga parte sui singoli commi dell'articolo 6 del Decreto Legislativo 175 del 2016 rubricato come "*Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*". Tale norma risulta essere, per quanto qui concerne, di fondamentale importanza in quanto traccia un quadro sistematico riguardante i principi e i criteri di organizzazione e gestione aziendale, con la finalità di salvaguardare il corretto uso delle risorse pubbliche e la trasparenza negli assetti societari⁶⁹.

2. Il primo comma dell'articolo 6: una deroga al diritto antitrust nazionale.

Partendo ordinatamente dal primo comma, è evidente come si tratti di una disposizione di tipo organizzativo per le società pubbliche, ma che allo stesso tempo riconosce un privilegio a queste ultime⁷⁰. Infatti, la norma precisa testualmente come la disposizione introduca una deroga all'art. 8, comma 2-

⁶⁹O. CUCCURULLO, *Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 Agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, p.99.

⁷⁰ M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, www.federalismi.it

bis, l. 287/1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato): quest'ultimo generalmente dispone che le imprese che siano titolari di diritti di monopolio legale o che, per disposizione di legge, svolgono servizi di interesse economico generale, se volessero operare anche in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di monopolio o di compiti di pubblico servizio, dovrebbero agire tramite società separate⁷¹.

La disposizione qui in esame detta quindi una deroga all'articolo 8, comma 2-bis, nella misura in cui sancisce che le società a controllo pubblico, qualora svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, devono adottare sistemi di contabilità separata, risultando quindi esonerate dal suddetto obbligo di separazione societaria⁷².

Si tratta di una norma che deriva dall'applicazione in Italia di principi comunitari che si sono formati in tema di condizioni di trasparenza e legittimità del finanziamento pubblico dei servizi economici di interesse generale⁷³.

Proprio riguardo a tale tema, la norma cardine è l'art. 106 del TFUE che sancisce due principi di carattere programmatico: (i) la parità concorrenziale fra imprese pubbliche e private, ossia la prescrizione che anche le imprese pubbliche siano assoggettate alle norme poste a tutela della concorrenza; (ii) la previsione che gli ordinamenti nazionali possano attribuire diritti speciali o

⁷¹ L. 287/1990, meglio nota come “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”

⁷² D. Lgs. 175/2016, meglio noto come “Testo Unico in tema di società a partecipazione pubblica”

⁷³ S. SERAFINI, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in *La governance delle società pubbliche nel d. lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, p. 70.

esclusivi a determinate imprese, ma solo se ciò avviene in quanto condizione necessaria al conseguimento di una “*specific mission*” di produzione di servizi di interesse economico generale⁷⁴.

Peraltro, sembra in questa sede necessario precisare, per dovere di completezza, che in base a quanto stabilito dall’art. 114, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, con la locuzione “*diritti speciali o esclusivi*” ci si riferisce a diritti concessi dallo Stato o dagli Enti Locali tramite disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l’effetto di riservare a uno o più enti l’esercizio delle attività previste dagli artt. da 115 a 121 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività⁷⁵.

In sostanza, quindi, l’art. 6 comma 1 del TUSPP comporta un’attenuazione della portata del principio di separazione, che passa dall’essere una separazione necessariamente societaria al diventare una separazione contabile⁷⁶.

3. I commi 2-5 dell’articolo 6: gli strumenti di governance ispirati alla *best practice* internazionale.

Il Testo Unico si preoccupa di fornire un quadro chiaro di principi relativi all’organizzazione e alla gestione di modo che le società siano in grado di

⁷⁴ S. SERAFINI, *L’adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in *La governance delle società pubbliche nel d. lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, p. 71.

⁷⁵ D. Lgs. 50/2016.

⁷⁶ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 1162, Ipsoa, 2016.

perseguire e mantenere dei parametri di efficienza, efficacia ed economicità gestionale⁷⁷.

È necessario inoltre evidenziare che il Testo Unico individua delle modalità e dei criteri specifici, finalizzati ad ottenere un costante ed attento presidio gestionale delle società a controllo pubblico, i quali risultano essere sostanzialmente equiparati a quelli utilizzati per le società che fanno ricorso al mercato di capitali⁷⁸.

Prima di procedere con la rassegna dei successivi commi dell'art. 6, una precisazione è senz'altro necessaria: bisogna infatti tenere a mente come gli strumenti di governance a disposizione delle società sono riservate alle società non quotate, mentre non trovano applicazione per quelle quotate⁷⁹. In aggiunta, il primo comma, relativo alla separazione contabile, riguarda solo le società a controllo pubblico che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi; diversamente, i successivi commi che ci si appresta ad esaminare, sono invece riferibili a tutte le società a controllo pubblico senza distinzione di attività⁸⁰.

⁷⁷ O. CUCCURULLO, in *Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 Agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, p. 102.

⁷⁸ *Ivi*, p. 102.

⁷⁹ *Ivi*, p. 100.

⁸⁰ *Ivi*, p. 100.

3.1. Il comma 2: i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale.

In base al comma 2 dell'art. 6, le società a controllo pubblico devono predisporre degli appositi programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione indicata dal comma 4 dello stesso articolo.

È possibile quindi affermare che il Testo Unico, nel fornire questo quadro di principi organizzativi per le società a controllo pubblico, prevede un approccio dinamico e flessibile in quanto la scelta relativa ai suddetti programmi di valutazione è rimesso all'autonoma valutazione delle singole realtà societarie⁸¹. Per ciò che attiene tali programmi, sebbene l'argomento sarà trattato in modo più esaustivo e puntuale nel prossimo capitolo, è bene precisare che la loro redazione dovrà avvenire in modo preciso e circostanziato in modo tale da fornire indici attuali e prospettici che permettano di evidenziare aree di criticità nella gestione⁸².

È ovvio come, nel predisporre tali programmi di valutazione del rischio, i margini di discrezionalità siano abbastanza ampi trattandosi, nella pratica, di tentare di prevedere degli scenari futuri che in quanto tali sono necessariamente soggetti a possibili cambiamenti e rivoluzioni; naturalmente si tratta di una situazione fisiologica, dato il campo d'azione di questi programmi, che non dipende dalla mancanza di diligenza della società⁸³.

⁸¹ O. CUCCURULLO, in op. cit., p. 103.

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ibidem.*

3.2. Il comma 3: gli strumenti integrativi di governo societario.

All'interno del comma 3 si rinviene un'elencazione esemplificativa di presidi e regolamenti interni che mirano essenzialmente ad una maggiore trasparenza ed efficienza dell'organizzazione aziendale⁸⁴.

In sostanza la norma richiede che le società a controllo pubblico valutino l'opportunità di integrare – in base alle dimensioni e alle caratteristiche organizzative, ma anche dell'attività svolta – gli ordinari strumenti di governo societario con: regolamenti in materia di *compliance*; uffici di controllo interno; codici di condotta; programmi di responsabilità sociale d'impresa⁸⁵.

Ciò che accomuna tutti i suddetti “strumenti di governo” è che si tratta di presidi non obbligatori, ma allo stesso tempo corrispondenti a “*best practices*” diffuse a livello internazionale, la cui adozione da parte della società fa sì che questa diventi maggiormente qualificata ed accreditata⁸⁶.

Per ciò che attiene i “regolamenti”, questi hanno la finalità di fornire regole di comportamento, indirizzate a dipendenti e collaboratori della società, in coerenza con le politiche di correttezza e rispetto delle regole che la società si preoccupa di seguire per qualificarsi sul mercato⁸⁷.

⁸⁴ O. CUCCURULLO, *ivi*, p. 104.

⁸⁵ L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d. lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, p. 20.

⁸⁶ ⁸⁶ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 1169, Ipsoa, 2016.

⁸⁷ *Ivi*, p. 1170.

In secondo luogo, abbiamo gli “uffici di controllo interno”, i quali devono assicurarsi che vengano rispettate le strategie aziendali, venga garantita l’economicità, l’efficacia e l’efficienza dei processi aziendali, venga salvaguardata l’affidabilità e l’integrità delle informazioni contabili e gestionali⁸⁸.

Infine, abbiamo i “codici di condotta e programmi di responsabilità sociale d’impresa”: si tratta di strumenti che si occupano di argomenti che spaziano dalla tutela dei lavoratori ai temi climatici, rispetto del territorio e della comunità, allo sviluppo sostenibile⁸⁹.

Sostanzialmente, sarà compito degli amministratori programmare, organizzare e attuare la funzione di compliance, per due ordini di motivi: sia per evitare che si verifichino operazioni vietate in termini penalistici, sia per garantire il rispetto di tutte quelle normative poste a protezione degli interessi privatistici dei soggetti che si trovano ad interagire con la società⁹⁰.

Preme precisare che sebbene si tratti di una scelta aziendale senza alcun vincolo di obbligatorietà, si tratta pur sempre di un’autonomia che va necessariamente raffrontata con il dovere degli amministratori di assicurarsi che l’impresa possieda un assetto organizzativo adeguato nonché calibrato in base alle varie caratteristiche della società in oggetto⁹¹. Difatti, come sostiene la stessa Lucia

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ S. SERAFINI, *L’adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in *La governance delle società pubbliche nel d. lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, p. 93.

⁹¹ L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d. lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, p. 20.

Picardi: “Sembra, infatti, di poter ragionevolmente ipotizzare che la valutazione in ordine all’integrazione degli strumenti di governo societario vada ricondotta entro l’alveo del principio di adeguatezza destinato, ai sensi degli artt. 2381, comma 3, e 2403 c.c., a definire il catalogo degli obblighi imposti agli amministratori e ai sindaci”⁹².

In definitiva, se si considera da un lato il principio di adeguatezza organizzativa, inteso come una specificazione dello *standard* di corretta amministrazione, e dall’altro la necessità di un’efficiente attività amministrativa, è possibile affermare che essi possono coesistere in un connubio virtuoso⁹³.

3.3. Il comma 4: la relazione sul governo societario.

Il Testo Unico prevede poi che le società a controllo pubblico adottino, a chiusura dell’esercizio sociale, una specifica relazione sul governo societario all’interno della quale dovranno essere indicati gli strumenti integrativi di governo societario eventualmente adottati; tale relazione dovrà poi essere sottoposta all’assemblea in occasione dell’approvazione del bilancio di esercizio, nonché pubblicata sul sito della società⁹⁴.

⁹² L. PICARDI, *ivi* p 21.

⁹³ L. PICARDI, *ivi*, p. 25.

⁹⁴ O. CUCCURULLO, *Principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 Agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, p. 105.

Pertanto, è facilmente intuibile come alla base di tale previsione vi sia un interesse del legislatore ad assicurare la trasparenza degli assetti organizzativi, di modo che sia possibile effettuare una valutazione del risultato complessivo della gestione della società⁹⁵.

Al riguardo, giova ricordare come il testo unico in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 24.2.1998, n. 58 TUF) prevede una dettagliata disciplina della relazione sul governo societario; in particolare essa dovrà contenere informazioni precise e circostanziate in relazione a materie quali, tra le altre: la struttura del capitale sociale; il meccanismo dei diritti di voto; gli accordi tra soci; le politiche di remunerazione; l'adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario⁹⁶.

La relazione sul governo societario deve essere predisposta annualmente e, sebbene la norma si riferisca alle società a controllo pubblico, i soggetti cui ascrivere tale compito non possono che essere gli amministratori e precisamente si tratta di una competenza dell'intero consiglio di amministrazione⁹⁷.

⁹⁵ L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d. lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, p. 25.

⁹⁶ O. CUCCURULLO, *Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 Agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, p. 106.

⁹⁷ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 1174, Ipsoa, 2016.

3.4. Il comma 5: il principio *comply or explain*.

Infine, nell'ultimo comma dell'art. 6, si rinviene la prescrizione in base alla quale le società a controllo pubblico devono fornire spiegazione delle motivazioni di una eventuale mancata applicazione degli strumenti integrativi già trattati (vedi *supra*, par. 3.2)⁹⁸.

Peraltro, bisogna precisare che la motivazione da fornire all'interno della relazione sul governo societario non si rende necessaria solo nei casi di mancata adozione di uno o più strumenti tra quelli indicati al terzo comma dell'articolo 6, ma anche in caso di adozione parziale degli stessi⁹⁹.

Si tratta del principio di matrice comunitaria del *comply or explain*, già prevista dall'art. 123-*bis*, comma 2, lett. a), T.U.F., secondo cui le società emittenti sono tenute ad indicare nella relazione sul governo societario l'eventuale adesione ad un codice di autodisciplina, motivando la mancata adesione a singole disposizioni dello stesso; tale principio, applicato alla materia delle società a partecipazione pubblica, risulta avere un ambito di operatività molto più ampio in quanto si riferisce ad una variegata serie di strumenti di governance¹⁰⁰.

Ebbene, l'obbligo informativo di cui si sta trattando, da un lato conferma l'ineludibilità e l'ampiezza del dovere di cura del sistema organizzativo che è imposto agli organi sociali; dall'altro fa da riscontro all'informazione richiesta

⁹⁸ L. PICARDI, *ivi*, p. 27.

⁹⁹ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 1168, Ipsoa, 2016.

¹⁰⁰ L. PICARDI, *ivi*, p.27.

del comma precedente dell'articolo in oggetto¹⁰¹. Quindi, non è azzardato sostenere che l'organo amministrativo, oltre a segnalare le motivazioni dell'eventuale mancata applicazione di strumenti specifici di governo societario, debba anche esporre le ragioni dell'avvenuta attuazione degli strumenti medesimi o comunque la loro idoneità a conseguire determinati obiettivi; peraltro, un comportamento tale da parte dell'organo d'amministrazione consente, in parte, di dare prova del corretto e ragionevole operato dell'organo stesso¹⁰².

4. L'amministratore unico come organo amministrativo: le possibili deroghe.

Durante l'analisi dei principi relativi al sistema di *governance*, che regge l'attività delle società a partecipazione pubblica, risulta doveroso affrontare il tema riguardante la disciplina dell'organo amministrativo.

Il dato normativo, al comma 2 dell'art. 11 del Testo Unico, espone come nelle società a partecipazione pubblica l'organo amministrativo è, di norma, costituito da un amministratore unico.

L'amministrazione unipersonale come regola generale per il governo delle società a controllo pubblico risulta essere un elemento di novità, introdotto proprio col dichiarato fine di raggiungere determinati obiettivi di

¹⁰¹ L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p.340, Nel diritto editore, 2018.

¹⁰² *Ibidem*.

semplificazione dell'organo amministrativo, nonché finalizzato al contenimento dei costi¹⁰³.

Ad ogni modo, si tratta di una regola di *default* poiché il terzo comma dell'art. 11 del Testo Unico permette all'assemblea della società di optare per un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri o, ancora, decidere per uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo¹⁰⁴.

Per quanto riguarda l'organo competente a prendere le decisioni di cui sopra, se è vero che l'art. 11 si limita a menzionare "l'assemblea" senza ulteriori specificazioni, non vi è forzatura alcuna nell'affermare che è l'assemblea ordinaria l'organo al quale spetta la scelta tra unipersonalità e collegialità dell'organo di gestione se lo statuto prevede un numero minimo e massimo di componenti; di conseguenza, è intuitivo come si tratti solo di una deliberazione che individua la futura composizione del consiglio di amministrazione ma senza andare a incidere sull'assetto generale degli organi sociali¹⁰⁵.

Al contrario, per la scelta di un sistema alternativo di amministrazione e controllo, si tratta di una modifica da compiere a livello statutario e quindi spettante ad una sede decisionale diversa dall'assemblea straordinaria; in tal modo, modificando lo statuto secondo il procedimento di cui all'art. 2436 c.c., si assicura che la deliberazione si assuma con il consenso di una precisa

¹⁰³ L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p.343, Nel diritto editore, 2018.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 344.

percentuale di soci, oltre ad essere sottoposta ad un adeguato controllo di legalità e adeguatamente pubblicizzata¹⁰⁶.

Infine, per il passaggio da organo monocratico a collegiale o ad altro sistema d'amministrazione, la norma richiede la presenza dei requisiti delle "specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa" insieme alle "esigenze di contenimento dei costi". Quindi, in buona sostanza, la legittimità dell'adozione di un diverso sistema di amministrazione dipende da una valutazione di conformità a istanze di adeguatezza organizzativa e di *spending review*, che dovranno poi essere illustrate nella deliberazione assembleare¹⁰⁷.

5. La scelta tra sistema dualistico e monistico: potenzialità applicative.

Inevitabilmente, dopo la breve analisi effettuata nel paragrafo precedente, il filo rosso che guida il presente studio fa sorgere la necessità di esaminare le ripercussioni, così come le potenzialità, che la scelta di un determinato sistema di *governance* produce sull'efficienza della gestione e dei controlli nelle società a partecipazione pubblica.

Partendo dal modello dualistico, il dibattito sulla funzionalità e efficienza dei differenti sistemi legali di governo societario, da tempo intensificatosi sul piano internazionale, non ha prodotto, in Germania, alcun arretramento della scelta a favore della struttura c.d. "dualistica", contemplata senza eccezioni per le

¹⁰⁶ L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p.344, Nel diritto editore, 2018

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 345.

società azionarie dal 1884, quando con la riforma del codice di commercio (HGB) il consiglio di sorveglianza fu imperativamente previsto quale organo intermedio tra l'assemblea e il *Vorstand* (organo di sorveglianza)¹⁰⁸.

In Italia l'art. 2409-*octies* c.c. introduce le norme che, all'interno del par. 5, sez. VI-*bis*, capo V, dedicato all'amministrazione e al controllo di società per azioni, disciplinano il “*sistema basato su un consiglio di gestione ed un consiglio di sorveglianza*”. La disposizione in commento fa seguito al comma 2 dell'art. 2380 c.c. che consente l'adozione di tale sistema in deroga a quello c.d. tradizionale, fondato sulla ripartizione delle funzioni di governo tra amministratori e sindaci ed in alternativa a quello “*basato sul consiglio di amministrazione e un comitato costituito al suo interno*” definito dall'art. 2409-*sexiesdecies* c.c.¹⁰⁹.

Gli elementi che valgono ad allontanare il sistema dell'art. 2409-*octies* c.c. da quello tradizionale riguardano soprattutto l'organo e le funzioni di controllo.

Il regime della funzione amministrativa, al contrario, sembrerebbe trasversale a tutti e tre i modelli di governo societario, ancorché si debba precisare che quello dualistico (ma per sua natura anche quello monistico) non ammette un organo di gestione unipersonale¹¹⁰.

Con riferimento alla delega delle funzioni amministrative, essa è ammessa anche nel sistema dualistico a favore dei singoli amministratori. Tale principio

¹⁰⁸ F. GHEZZI, *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI, p. 10, Giuffrè editore, 2005.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

è affermato dall'art. 1409-*novies*, comma 1, c.c. ai sensi del quale il consiglio di amministrazione può delegare le sue funzioni “*ad uno o più dei suoi componenti*”. Si rende tuttavia, opportuno precisare che l'eventuale presenza di delegati in senso al consiglio di gestione rappresenta un'anomalia del nostro sistema rispetto all'omologo modello di diritto tedesco, il quale consente esclusivamente un'articolazione interna suddivisa per funzioni¹¹¹.

Quanto invece al consiglio di sorveglianza, esso oltre a svolgere le funzioni di controllo che nel sistema tradizionale sono assegnate al collegio sindacale, incamera in sé anche alcune importanti attribuzioni di competenza dell'assemblea: si tratta, più nel dettaglio dei poteri di nomina e revoca dei componenti del consiglio di gestione (art. 2409-*novies*, commi 2 e 5, c.c.), di determinazione del rispettivo compenso, di esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori, nonché di approvazione del bilancio di esercizio¹¹².

Per quanto qui interessa, bisogna ricordare che il Testo Unico, al comma 3 dell'art. 11 stabilisce che “*In caso di adozione del sistema dualistico, al consiglio di sorveglianza sono attribuiti i poteri di cui all'articolo 2409-terdecies, primo comma, lettera f-bis del codice civile*”. In sostanza, sarà compito dell'autonomia statutaria scegliere se affidare al consiglio di sorveglianza il potere di statuire sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari della società preordinati dal consiglio di gestione¹¹³.

¹¹¹ *Ibidem.*

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ *Ibidem.*

Sul punto bisogna evidenziare che la scelta di interporre un “organo professionale” fra la proprietà e la gestione costituisce sicuramente un punto di forza, in quanto tale operazione determina, sicuramente, una responsabilizzazione del consiglio di sorveglianza: questo si troverà, infatti, ad esercitare delle prerogative che hanno una natura “imprenditoriale”, come ad esempio la nomina e revoca dei componenti del consiglio di gestione¹¹⁴.

Tramite la scelta del modello dualistico, quindi, si opta per un sistema nel quale la proprietà pubblica ha la possibilità di esercitare la propria influenza tramite la nomina dei componenti del consiglio di sorveglianza, cioè l’organo al quale può essere attribuita la supervisione strategica¹¹⁵.

Volgendo ora lo sguardo al sistema monistico, si tratta di un sistema che si differenzia rispetto agli altri in quanto si basa sulla circostanza che il consiglio di amministrazione viene eletto dall’assemblea dei soci, in modo tale da comprendere, al suo interno, alcuni componenti indipendenti fra i quali verranno poi scelti i membri del comitato di controllo, nominati dallo stesso consiglio¹¹⁶.

Ebbene, negli anni passati, la dottrina nazionale ha manifestato di non gradire particolarmente il sistema monistico ed il meccanismo di controllo che ne

¹¹⁴L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p.345, Nel diritto editore, 2018.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ V. SALAFIA, *Il sistema monistico nell’amministrazione e controllo delle s.p.a.*, in *Le società*, 2006, n. 12, p. 1463 e ss.

consegue, a causa di due aspetti¹¹⁷. In primo luogo, essendo il Comitato per il controllo sulla gestione nominato direttamente dal Consiglio d'amministrazione, si ritiene che esso non riesca a fornire le stesse garanzie del Collegio sindacale per ciò che attiene all'indipendenza dei componenti: il sospetto è, quindi, che l'eccessiva contiguità e correlazione tra organo di controllo e organo amministrativo possa facilmente provocare una confusione di ruoli, finendo col minare la serietà dell'attività di vigilanza condotta dal Comitato¹¹⁸.

Il secondo aspetto di critica riguarda il fatto che, nonostante la disciplina del Comitato sia figlia di quella del Collegio sindacale, nella sostanza, però, il Comitato non dispone delle stesse funzioni attribuite ai sindaci¹¹⁹.

Quindi, riguardo la possibilità di utilizzare il sistema monistico, sebbene da un lato esso venga anche visto come un sistema idoneo a consentire il perseguimento di finalità istituzionali proprie del socio pubblico ed a rispettare le esigenze di efficienza e di contenimento dei costi; dall'altro, taluni ritengono, come già sottolineato poco addietro, che non si tratti di un sistema appropriato da applicare alle società pubbliche poiché il potere di vigilanza sulla "osservanza della legge e dello statuto" e sui "principi di corretta

¹¹⁷ M. IRRERA, *Assetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, fasc. 3, p. 526 e ss.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

amministrazione” non sono attribuiti al comitato per il controllo sulla gestione¹²⁰.

6. L’attività di direzione e coordinamento: tra Testo Unico e Codice Civile.

Proseguendo nell’analisi dei principali aspetti riguardanti il tema della *governance* nelle società a partecipazione pubblica, merita sicuramente uno spazio la disciplina riguardante la direzione e il coordinamento delle suddette società.

Dalla lettura del Testo Unico si evince facilmente come venga a mancare un’espressa regolamentazione in tema di direzione e coordinamento, se si esclude qualche riferimento come, volendo fare un esempio, quello dell’art. 11 comma 11 relativo alla nomina degli amministratori nelle società a controllo pubblico indiretto¹²¹.

Ad ogni modo, all’art.1, comma 3 del Testo Unico è previsto che “*per quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulla società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*” sebbene, come si vedrà, secondo alcuni non è sempre possibile un’applicazione di tali norme alle società a partecipazione pubblica.

¹²⁰ *Ibidem.*

¹²¹ M. CARLIZZI, *Direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p.495, Nel diritto editore, 2018.

6.1 L'abuso dell'attività di direzione e coordinamento: applicabilità alle società a partecipazione pubblica.

La norma che in questa sede sembra essere più interessante analizzare, nonché la norma più dibattuta in dottrina e giurisprudenza, è l'art. 2497 c.c.. Esso stabilisce che le società o gli enti che esercitano la suddetta attività di direzione e coordinamento sono responsabili in caso di violazione dei “*principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*” dove, ovviamente, la norma si riferisce ad un concreto esercizio di tale attività, con tutte le determinazioni e azioni che essa richiede¹²². Inoltre, come secondo requisito, la norma in oggetto richiede che l'azione della società sia caratterizzata dall'interesse imprenditoriale proprio o altrui: ciò comporta che l'ente al vertice del gruppo e che impartisce le proprie direttive dovrà essere un “ente portatore di interessi d'impresa”¹²³.

A questo punto, sembra abbastanza chiaro che il concetto di direzione e coordinamento debba essere inteso come “direzione unitaria”: un'attività che, sebbene si espliciti nell'imposizione alle società controllate di decisioni promananti dalla *holding*, risulta incardinato in una politica di gruppo che mira a gestire il raggruppamento societario come fosse una sola impresa¹²⁴.

¹²² M. CARLIZZI, *Direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p.498, Nel diritto editore, 2018.

¹²³ *Ivi*, p. 501.

¹²⁴ *Ibidem*.

Ultimo requisito richiesto dalla fattispecie ex art. 2497 c.c. è quello riguardante la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

In relazione a tale requisito, si ritiene che in alcune situazioni siano da considerarsi razionali e normali determinate operazioni, che in concreto sono svantaggiose per la società: in sostanza la capogruppo può trovarsi a dover agire in maniera contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ma ciò sarà considerato legittimo purché i soci che non partecipano alla direzione e coordinamento non subiscano una lesione alla redditività della loro partecipazione e non si abbia una diminuzione della garanzia dei creditori collegata al patrimonio societario¹²⁵.

Tuttavia, bisogna ricordare che sull'argomento vi è stato un lungo dibattito, che perdura tuttora, e varie sentenze delle Sezioni unite della Corte di cassazione, a seguito delle quali la Suprema Corte ha stabilito l'inapplicabilità della normativa prevista dall'art. 2497 c.c. alle società *in house* stabilendo che: “ *la disciplina della direzione e del coordinamento dettata dall'art. 2497 è volta a coniugare l'unitarietà imprenditoriale della grande impresa con la perdurante autonomia giuridica delle singole società agglomerate nel gruppo, che restano comunque entità giuridiche e centri d'interessi distinti l'una dall'altre. Altrettanto non sembra potersi dire invece per le società in house*”¹²⁶.

¹²⁵M. CARLIZZI, *Direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p.495, Nel diritto editore, 2018.

¹²⁶ *Ibidem*.

6.2 (Segue) I successivi articoli 2497-bis, 2497-ter, 2497-quater, 2497-quinquies: ulteriori regole di *governance* e loro applicabilità.

Per dovere di completezza, di seguito si analizzerà l'applicabilità alle società partecipate di quelle ulteriori regole di *governance*, previste dalla legge negli articoli successivi al 2497 c.c., volte a disciplinare i gruppi di società.

Andando per ordine, l'art. 2497-bis c.c., rubricato come "Pubblicità", stabilisce degli obblighi di *disclosure* aziendale relativi:

- alla comunicazione che la società deve effettuare al fine di indicare a quale società o ente essa sia assoggettata in termini di direzione e coordinamento, nonché iscrizione all'apposita sezione del registro delle imprese istituita dal secondo comma dell'articolo in analisi;
- esposizione, nell'apposita sezione della nota integrativa, di un prospetto di riepilogo dell'ultimo bilancio della società o dell'ente controllante;
- indicazione, da parte degli amministratori, dei rapporti intrattenuti con la società o l'ente e con le altre società che a questa sono soggette¹²⁷.

In relazione a tali obblighi di *disclosure* è possibile subito evidenziare che, sebbene essi risultino teoricamente applicabili alle società a partecipazione pubblica, nella pratica sono obblighi assorbiti nella normativa prevista dal D.Lgs. n. 33 del 14 Marzo 2013, "*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle*

¹²⁷ *Ivi*, p. 513.

pubbliche amministrazioni”, finalizzato proprio ad ottenere massima trasparenza in materia¹²⁸.

Segue poi l’art. 2497-ter, relativo alla motivazione analitica delle decisioni, il quale prevede una precisa indicazione di ragioni e interessi sottesi ad ogni decisione presa dalla società, che risulta senza dubbio applicabile alle società a partecipazione pubblica¹²⁹. infatti, dato che la *ratio* sottesa a tale normativa è costituita dall’idea che la principale garanzia della correttezza gestionale sta nella possibilità di ricostruire e valutare i processi decisionali degli organi della società, lo stesso principio vale maggiormente riguardo alle società a partecipazione pubblica, poiché qui i processi decisionali e gli interessi sottesi alle decisioni sono più complessi proprio in quanto “pubblici”¹³⁰.

Riguardo invece all’articolo 2497-quater, esso disciplina il diritto di recesso del socio in tre circostanze:

- modifica dello scopo sociale o dell’oggetto sociale come conseguenza della trasformazione della società o dell’ente che esercita direzione o coordinamento;
- pronuncia di una sentenza di condanna avverso chi dirige o coordina;
- all’inizio o alla cessazione dell’attività di coordinamento.

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ *Ibidem.*

Ebbene, la seconda circostanza non è sicuramente applicabile perché, come si è già anticipato, non è applicabile alla pubblica amministrazione lo scorretto e dannoso esercizio dell'attività di direzione e coordinamento; allo stesso modo, non è applicabile la parte della prima ipotesi relativa alla trasformazione in quanto il Testo Unico impedisce le trasformazioni implicanti un mutamento dello scopo sociale. La seconda parte del primo scenario è difficile che si verifichi in relazione a queste società che sono in sostanza delle società “*di scopo*”, ma laddove accada il socio potrà recedere. L'ultimo caso, sebbene anch'esso di difficile verifica, risulta teoricamente applicabile qualora l'inizio o la cessazione dell'attività di direzione o coordinamento provochi un “*peggioramento delle condizioni di rischio dell'investimento*”¹³¹.

Infine, in relazione all'ultima regola di governance dettata dall'articolo 2497-quinquies e relativa al finanziamento della società diretta e coordinata, si ricordi che l'art. 14 co. 5 del Testo Unico tratta già tale tema, poiché prevede l'impossibilità assoluta di finanziamento da parte delle amministrazioni pubbliche, a favore delle proprie partecipate, in caso di perdite di esercizio ripetutesi in tre esercizi consecutivi; tuttavia non si occupa del caso di postergazione del finanziamento come forma di tutela dei creditori alla soddisfazione prioritaria rispetto ai soci, quindi la disciplina in esame viene ritenuta applicabile alle società a partecipazione pubblica proprio nella suddetta ottica rimediabile¹³².

¹³¹ *Ibidem.*

¹³² *Ibidem.*

CAPITOLO III - IL PROGRAMMA DI VALUTAZIONE DEL RISCHIO DI CRISI AZIENDALE

Sommario: 1. Obiettivi del legislatore e finalità del programma. – 2. La disciplina dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale dettata dal Testo Unico. – 3. Una premessa necessaria: il binomio insolvenza – crisi d’impresa. – 4. La concreta applicazione dei programmi di valutazione del rischio di crisi. – 4.1. La prima attività: creazione, definizione e osservazione periodica di una griglia di indicatori. – 4.2. Il concetto di emersione degli indicatori di crisi aziendale. – 4.3. Il principio del going concern: la perdita della continuità aziendale come principale “alarm bell”. 4.4. La seconda attività: modificazione, nel tempo, della griglia di indicatori, per la loro calibrazione ad eventuali cambiamenti del contesto operativo. – 4.5. La terza attività: esposizione all’assemblea, tramite la relazione sul governo societario, dei programmi di valutazione del rischio applicati. – 4.6. La quarta attività: l’adozione di un adeguato piano di risanamento. – 4.7. I piani di risanamento ex art. 14 del T.U. e i piani attestati di risanamento ex art. 67 l.fall. – 5. Premessa: il regime della responsabilità nelle società pubbliche. – 5.1. La responsabilità dei componenti degli organi sociali delle società pubbliche: l’articolo 12 e la giurisdizione della Corte dei conti. – 5.2. La responsabilità degli amministratori tra diritto privato e diritto pubblico. – 5.3. La “grave irregolarità” ex art. 14 comma 3 del T.U. e la responsabilità ex art. 2409 c.c. – 5.4. Gli obblighi di carattere generale come importanti criteri di responsabilità degli amministratori. – 5.5. Cenni sulla responsabilità solidale degli amministratori. – 5.6. Le tre azioni di responsabilità esperibili nei confronti degli amministratori. – 6. Le prospettive di riordino e cambiamento nell’ottica del D. Lgs. 14/2019.

1. L'obiettivo del legislatore e le finalità del programma

Dopo aver introdotto ed analizzato, senza pretese di completezza ma pur sempre con cura, l'istituto delle società a partecipazione pubblica nel primo capitolo ed aver successivamente trattato le disposizioni più importanti in tema di *governance* delle suddette società, sembra ora il momento di salire l'ultimo scalino che porta all'argomento nodale di questo elaborato: il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale.

In *primis*, occorre precisare che una delle motivazioni che attestano l'importanza del dovere di predisporre i programmi di valutazione del rischio di crisi e, più in generale, di tutto l'articolo 6 del Testo Unico, consiste nel fatto che, con tale previsione, il legislatore ha formalizzato un comportamento che già costituiva una consuetudine: infatti, già da tempo all'interno delle società a controllo pubblico venivano effettuate comunicazioni ai soci riguardo i principali documenti economico-finanziari (ad es. piani industriali, *budget*, previsioni economico-contabili)¹³³.

In secondo luogo, volendo rispolverare un altro punto cardine che sta alla base delle disposizioni del Testo Unico qui in oggetto, è evidente come il legislatore abbia dato importanza al rafforzamento dei presidi organizzativi e procedimentali, in special modo per ciò che attiene al sistema dei controlli interni. Basti ricordare che già nel disegno di legge delega di riforma del diritto di crisi d'impresa, il quale già recepiva in larga parte il testo elaborato dalla Commissione Rordorf, vi era l'obiettivo di introdurre un generale "*dovere*

¹³³ O. CUCCURULLO, *Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 Agosto 2016*, n. 175, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, p. 104.

dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"¹³⁴. In questo modo, quindi, il legislatore ha accolto uno schema che era già da tempo adottato nelle scienze aziendalistiche che si occupano dell'organizzazione d'impresa, in modo tale da rendere norma il principio per il quale *"solo un sistema integrato di operazioni coordinate è in grado di assicurare un risultato qualitativamente apprezzabile, in quanto, al ridursi della discrezionalità nelle diverse fasi del processo, si riducono parimenti le possibilità di errore"*¹³⁵.

2. La disciplina dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale dettata dal Testo Unico.

La prima disposizione che introduce i programmi di valutazione del rischio di crisi, peraltro già richiamata nei paragrafi precedenti, è l'art. 6 che al secondo comma stabilisce che *"le società a controllo pubblico predispongono specifici*

¹³⁴ N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, UTET Giuridica, 2016, p. 2307-2310.

¹³⁵ *Ibidem*.

programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4”.

Partendo con ordine, è giusto il caso di notare che fin dalla prima lettura si evince come la norma introduca un obbligo per la società e non una semplice opportunità, come nel caso del successivo comma 3 in relazione agli strumenti integrativi di governo societario¹³⁶.

In secondo luogo, la norma parla di programmi “*specifici*” proprio a voler evidenziare la necessità che si tratti di programmi effettivamente finalizzati alla valutazione del rischio di crisi aziendale, dove la “*specificità*” è valutabile anche in base all’effettiva idoneità ed adeguatezza al raggiungimento del suddetto scopo¹³⁷. D’altro canto, la specificità di cui parla la norma, può essere intesa anche nel senso che i programmi debbano tenere conto delle “*specificità*” della società e della condizione giuridica in cui si trova, perché è anche in base a questa che la crisi assume diverse possibilità di genesi, sviluppo e manifestazione¹³⁸.

Per quanto riguarda poi i “*programmi di valutazione del rischio*”, si tratta di una dizione che, senza effettuare alcuna forzatura, è interpretabile anche come programmi di “*rilevazione*” del rischio, con ciò intendendosi dei programmi in grado di portare alla luce l’eventuale rischio o potenzialità di una crisi aziendale¹³⁹. Inoltre, a ben vedere, lo stesso costrutto della norma richiama

¹³⁶ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 1205, Ipsoa, 2016

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ V. DONATIVI, in *Le società a partecipazione pubblica*, p. 1205, Ipsoa, 2016.

quella che è ormai una prassi aziendalistica affermata, ossia i programmi che sono appositamente mirati a rilevare una potenziale crisi aziendale tramite indicatori e indici relativi ai dati di bilancio, nonché gli indicatori di redditività e rotazione (ROE, ROI, ecc.), di solidità patrimoniale (indice di indipendenza finanziaria, livello di *leverage* finanziario), l'equilibrio di fonti e impieghi, oppure tramite l'utilizzo di specifiche formule appositamente ideate, come la formula “*Z-score di Altman*”, che hanno la capacità di valutare se la società sia finanziariamente solida o meno¹⁴⁰.

Per concludere, la porzione finale della norma in esame riguarda l'informativa ai soci da compiersi tramite la relazione sul governo societario che è stata già precedentemente trattata (Cap. II, par. 3.3) e che si intende qui integralmente richiamata.

3. Una premessa necessaria: il binomio insolvenza - crisi d'impresa.

Prima di procedere ed addentrarsi nell'analisi delle condizioni di rischio di crisi d'impresa, sembra necessario un chiarimento riguardo la distinzione tra lo stato di insolvenza e lo stato di crisi che possono interessare una data impresa.

Tale distinzione, tuttavia, non risulta ancora definitivamente chiarita a livello normativo, tant'è che l'argomento in oggetto risulta ancora essere circondato da un alone di incertezza come testimoniato dal testo dell'art. 160 l.f. che, trattando i requisiti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, recita “*ai fini del primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di*

¹⁴⁰ *Ibidem.*

insolvenza”¹⁴¹. Ed è anche per questo motivo che, in attuazione della Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 è stato poi emanato il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 contenente la riforma che introduce il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, la quale entrerà in vigore a Luglio del 2020; si ricorda, peraltro, che con la Legge 8 Marzo 2019, n. 20 (Gazz. Uff. 20 marzo 2019, n.67), è stata conferita nuova delega al Governo per la promulgazione di disposizioni integrative e correttive della suddetta riforma (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) la quale, con molta probabilità, andrà prossimamente a subire modifiche o integrazioni¹⁴².

Bisogna ricordare come, nel tempo, le varie norme e regolamentazioni sulle procedure concorsuali non sono mai riuscite a fornire un concetto teorico chiaro di crisi¹⁴³. Fin dal Codice di commercio del 1865, il requisito oggettivo dello stato di crisi era costituito da una situazione di “cessazione dei pagamenti” intesa come mancanza di soddisfazione dei creditori che intrattenevano rapporti negoziali con l’impresa in questione per via di un’interruzione dei pagamenti¹⁴⁴. Successivamente, con la legge fallimentare del 1942, la crisi dell’impresa viene identificata come insolvenza, cioè come “*crisi economica dell’imprenditore e cioè uno squilibrio tra le attività e le passività, per cui le*

¹⁴¹ G. GRANA – R. CAMPORESI, *La valutazione del rischio di crisi aziendale ex art. 6 D.Lgs. 175/2016*, www.self-entilocali.it, 2017.

¹⁴² REDAZIONE ALTALEX, *Codice della crisi di impresa: nuova legge delega per l’adozione di correttivi*, www.altalex.com, 2019.

¹⁴³ M. C. CARDARELLI, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, fasc. 1, p. 11.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

prime non sono più sufficienti all'estinzione delle seconde": nello specifico, la crisi rileva non solo in relazione al semplice inadempimento, ma piuttosto riguardo a una situazione economico-patrimoniale complessiva della quale l'inadempimento fa parte¹⁴⁵. Come osservato da Maria Cecilia Cardarelli, un cambio di rotta importante è conseguito alla c.d. "*privatizzazione del mercato*", la quale ha comportato una sempre maggiore caratterizzazione privatistica dell'organizzazione dei meccanismi di intervento sulle situazioni di crisi d'impresa: il risultato è stato che, sebbene per le procedure liquidatorie la definizione di insolvenza *ex art. 5 L. Fall.* è rimasta di importanza centrale, per le altre procedure indirizzate a mantenere in vita le aziende, lo stato di crisi andava a costituire una fase che precedeva l'insolvenza, quindi una situazione di minore gravità. Successivamente, con la modifica dell'art. 160 L. Fall. già richiamata poco sopra e che in sostanza identifica le due situazioni di crisi e insolvenza, viene meno quella *consecutio* che individuava lo stato di crisi come situazione prodromica allo stato di insolvenza, la quale a sua volta era individuata come situazione finale e definitiva, necessariamente indirizzata verso le procedure liquidatorie, proprio perché irreversibile¹⁴⁶.

Prendendo in prestito un'autorevole affermazione, si può quindi sostenere che, allo stato dell'arte, lo stato di crisi è *«comprensivo tanto dell'insolvenza vera e propria quanto di situazioni ad essa prodromiche o finitime, ma che insolvenza ancora non sono e che, verosimilmente, dovrebbero distinguersene proprio sul*

¹⁴⁵ M. C. CARDARELLI, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, fasc. 1, p. 11.

¹⁴⁶ *Ibidem.*

piano di un loro possibile superamento, sia pure attraverso provvedimenti straordinari di riorganizzazione e di ristrutturazione del debito»¹⁴⁷.

Come anticipato, tale problematica è stata finalmente affrontata dal decreto legislativo che introduce il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il quale all'art. 2 fornisce le definizioni sia di insolvenza che di crisi.

L'insolvenza viene definita dal Codice, senza particolari stravolgimenti nozionistici, come lo stato del debitore *“che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”¹⁴⁸.*

Al contrario, risulta nuova rispetto al passato la nozione di crisi, la quale viene oggi definita come *“lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che, per le imprese, si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”¹⁴⁹.*

Possiamo quindi affermare che, sebbene in base alle suddette definizioni la linea divisoria tra i due concetti appare abbastanza labile, la novella normativa è coerente con quanto previsto nei contenuti della legge delega, la quale postulava la necessità di una definizione di crisi *“intesa come probabilità di*

¹⁴⁷ CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 31.

¹⁴⁸ S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali: focus riforma fallimentare*, 2019.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

futura insolvenza”; nondimeno, la norma ha conseguito l’obiettivo di chiarire che lo stato di insolvenza deve essere tenuto distinto da quello di semplice crisi, considerato che in quest’ultimo caso non vi è ancora insolvenza, ma data la gravità della condizione finanziaria è molto probabile che subentri l’incapacità di soddisfare le obbligazioni del soggetto in analisi¹⁵⁰.

4. La concreta applicazione dei programmi di valutazione del rischio di crisi d’impresa.

Se fino ad ora si è dato maggior peso alla delineazione dell’istituto dei programmi di valutazione del rischio di crisi d’impresa sotto il profilo squisitamente normativo e teoretico, sembra adesso giunto il momento di delineare come, in concreto, all’interno dell’azienda vengono sviluppati tali programmi e quale metodologia venga utilizzata nel processo.

In linea di principio, si può affermare che il piano di azione per la creazione dei programmi oggetto di analisi dovrebbe basarsi sulle seguenti attività:

- creazione, definizione e osservazione periodica di una griglia di indicatori, rivelatori di una situazione di crisi sia essa in atto o solo potenziale;

¹⁵⁰ S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali: focus riforma fallimentare*, 2019.

- modificazione, nel tempo, della griglia in oggetto, in modo da calibrare gli indicatori ad eventuali cambi di situazioni del contesto in cui si opera;
- esposizione all'assemblea, tramite la relazione sul governo societario, dei programmi di valutazione del rischio applicati;
- attuazione di un appropriato piano di risanamento, così da correggere gli effetti della situazione di crisi ed eliminarne anche le cause¹⁵¹.

Nei paragrafi seguenti si vedrà, più specificamente, in cosa consistano le singole attività e come siano esse strutturate.

4.1 La prima attività: creazione, definizione e osservazione periodica di una griglia di indicatori.

Per quanto riguarda gli indici che costituiscono la griglia di valutazione, in genere gli indicatori possono appartenere a due famiglie:

- da una parte, gli indici economici e finanziario-patrimoniali che provengono dall'analisi dei dati del bilancio di esercizio;

¹⁵¹ R. TISCINI – P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo due, p. 794.

- dall'altra parte, gli indici di tipo extra-contabile (quindi non derivanti dallo studio del bilancio) cioè di natura organizzativa e operativa¹⁵².

Nella prima famiglia di indicatori, quelli attinenti alla sfera contabile, si hanno:

- *Indici di redditività*, i quali servono a valutare la capacità dell'azienda di remunerare il capitale. I più importanti sono il ROE, che misura la redditività dei mezzi propri; il ROA, che indica quanto le attività totali dell'azienda vengano utilizzate efficientemente; il ROS, che misura il margine di reddito prodotto per ogni unità di valore fatturato;
- *Indici di efficienza economica*, i quali servono ad evidenziare la minore o maggiore produttività in relazione all'impiego dei fattori produttivi. Tra gli altri, si ricordano i ricavi pro-capite, il valore aggiunto pro-capite e il costo del lavoro pro-capite;
- *Indici di liquidità e gestione del capitale circolante*, che riguardano la solvibilità, con specifico riguardo alla capacità dell'azienda di adempiere alle obbligazioni prossime alla scadenza tramite l'utilizzo in modo economico delle risorse che verranno acquisite in quello stesso arco temporale. Vanno citati l'indice Attività a breve/Passività a breve, l'indice Liquidità immediata/Attività a breve, l'Indice di rotazione del capitale di esercizio e dei crediti;
- *Indici di struttura finanziaria*, che misurano quanto l'impresa sia dipendente dai mezzi di terzi finanziatori. Fra questi, il rapporto Totale

¹⁵²*Ibidem.*

attivo/Mezzi propri, il quoziente Debiti finanziari/Mezzi propri, l'incidenza debiti finanziari a breve/Debiti finanziari complessivi;

- *Indici di solidità del patrimonio*, come l'indice Capitale proprio/Immobilizzazioni nette, il rapporto Perdita degli esercizi precedenti +/- Risultato dell'esercizio/Mezzi propri¹⁵³.

La seconda famiglia di indicatori, vale a dire quelli di natura extra-contabile, serve a mettere in luce degli aspetti che, sebbene siano più sfuggenti e meno marcati di quelli evidenziati dagli indici della prima famiglia, si rendono molto efficaci poiché permettono di intervenire prima che la crisi degeneri in termini di gravità¹⁵⁴.

Nella suddetta famiglia rientrano:

- *Indici tecnico-operativi*, i quali devono essere strutturati tenendo conto del settore produttivo e merceologico in cui l'azienda opera e servono a fornire informazioni sull'utilizzo di infrastrutture;
- *Indici organizzativi*, che riguardano le modalità di impiego e di comportamento delle risorse umane, come il tasso di morbilità;

¹⁵³ R. TISCINI – P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo due, p. 795.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

- *Indici qualitativi*, i quali restituiscono indicazioni utili sul livello di *performance* dei servizi forniti¹⁵⁵.

4.2 Il concetto di emersione degli indicatori di crisi aziendale.

L'art. 14, comma 2, del Testo Unico stabilisce che in caso di *emersione* di uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società deve attivarsi per adottare tempestivamente i provvedimenti necessari tramite un adeguato piano di risanamento.

Secondo autorevole parere di Tiscini-Lisi "*Perché un indicatore emerga, in buona sostanza, esso deve assumere un valore tale da segnalare l'esistenza di un fenomeno sottostante avente i connotati di gravità e di manifestazione di rischio di crisi*".

La norma parla di "*uno o più indicatori di crisi*", quindi ciò significa che si potrebbero verificare due scenari:

- nel primo, l'emersione di anche solo un indice, comporterebbe necessariamente l'obbligo di adozione di misure di risanamento; di conseguenza, anche un indice *soft* fuori scala porterebbe ad una risposta eccessiva senza che ve ne sia realmente la necessità;
- il secondo, il quale prevede che i piani di risanamento si rendano necessari solo in caso di emersione di più indicatori, sembra invece più realistico e bilanciato, sebbene non risolva tutti i problemi in quanto

¹⁵⁵ *Ibidem.*

porta con se il quesito relativo al numero di indici emersi necessari in presenza dei quali debbano attivarsi dei piani di risanamento¹⁵⁶.

Di conseguenza, non solo si rende necessario che l'insieme degli indicatori siano in grado di fotografare nella loro completezza i diversi profili di gestione aziendale, ma anche che l'emersione degli indicatori di crisi venga letta in modo sistemico e ragionato in considerazione delle varie informazioni raccolte; d'altronde, non bisogna trascurare il fatto che l'attivazione di piani di risanamento ha delle ripercussioni sul grado di fiducia degli *stakeholders* verso l'azienda, quindi è ovviamente quantomeno auspicabile evitare attivazioni ingiustificate di tali piani per non intaccare tale rapporto fiduciario¹⁵⁷.

4.3 Il principio del *going concern*: la perdita della continuità aziendale come principale “*alarm bell*”.

Per motivi di completezza espositiva e contiguità logica, sembra in questa sede necessaria una menzione ed una breve esposizione del principio di continuità aziendale (*going concern*) e della sua utilità ai fini di una precoce individuazione di una crisi dell'impresa.

¹⁵⁶ R. TISCINI – P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo due, p. 797.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

Il principio della continuità aziendale viene visto come guida e punto fermo nella redazione del bilancio nonché durante lo svolgimento delle valutazioni dell'azienda; non per ultimo poi, ha l'utilità di garantire un'adeguata *disclosure* su quelle che sono le prospettive di funzionamento dell'impresa verso i terzi¹⁵⁸. Del resto, proprio questa recente accresciuta sensibilità verso la continuità aziendale su diversi livelli normativi, ha permesso di far nascere un atteggiamento innovativo nei confronti della crisi dell'impresa, fondato sulla centralità della precoce emersione della crisi tramite lo studio degli indizi iniziali¹⁵⁹.

Inoltre, come sostiene Racugno, la continuità aziendale “*costituisce il termometro da cui è necessario prendere le mosse per capire quando ha inizio una situazione patologica dell'impresa*”¹⁶⁰.

Per quanto riguarda la definizione di *going concern* o continuità aziendale, gli organismi di settore ne hanno fornito di varie che risultano però tutte tendenzialmente simili tra loro, sebbene capiti che in alcune di esse si rivengano dei tratti peculiari¹⁶¹. Quasi tutte le definizioni in oggetto espongono il collegamento che sussiste fra continuità aziendale e dimensione finanziaria dell'impresa: nello specifico, l'azienda deve poter vantare la capacità di continuare a far fronte ai propri debiti estinguendoli e deve manifestare

¹⁵⁸ M. MAFFEI, *Il principio della continuità aziendale e il controllo della sua corretta applicazione*, Giappichelli Editore, 2017, p. 10.

¹⁵⁹ V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Rivista delle società*, 2017, fasc. 2-3, p. 318-319.

¹⁶⁰ G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2, p. 11.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 12.

l'intenzione della direzione di voler continuare l'attività nel breve periodo, dove per breve periodo si intende un minimo di 12 mesi¹⁶².

A seguito della legge delega per il riordino della disciplina del fallimento, la normativa prevede che sia l'imprenditore che gli organi sociali debbano necessariamente predisporre strumenti e assetti organizzativi appropriati affinché sia possibile una quanto più celere rilevazione della perdita della continuità aziendale e, conseguentemente, interviene il dovere dei suddetti soggetti di adottare tempestivamente uno dei percorsi o delle procedure previste dall'ordinamento affinché possa essere superata la crisi e recuperata la continuità aziendale¹⁶³.

In sostanza, appare innegabile la centralità della continuità aziendale e soprattutto, per quanto qui interessa, della perdita di tale requisito, in quanto principale campanello d'allarme che preannuncia una possibile crisi dell'azienda.

4.4 La seconda attività: modificazione, nel tempo, della griglia di indicatori, per la loro calibrazione ad eventuali cambiamenti del contesto operativo.

È noto come le aziende siano in continuo mutamento, dettato anche dal processo di modernizzazione o dal cambiamento del settore o dell'ambiente in cui operano. Allo stesso modo in cui vengono trasformate i tratti organizzativi

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2, pag. 199.

e le condizioni tecnico-operative con cui la società svolge la propria attività, così dovranno essere revisionati e aggiornati gli strumenti di governo societario¹⁶⁴.

Ovviamente non sono escluse da questo processo di mutazione le metodologie di valutazione del rischio di crisi, che potrebbero subire rettifiche e migliorie in ambiti quali, ad esempio:

- la gamma di indicatori utilizzabili;
- la logica di emersione, cioè il metodo che valuta in che modo e misura la variazione di un determinato indice sia manifestazione di criticità, intesa come situazione di crisi d'impresa, che determini l'attivazione dei piani di risanamento¹⁶⁵.

L'attività di adattamento in oggetto rientra anch'essa negli obblighi dell'organo amministrativo.

4.5 La terza attività: esposizione all'assemblea, tramite la relazione sul governo societario, dei programmi di valutazione del rischio applicati.

¹⁶⁴ R. TISCINI – P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo due, p. 802.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

Come già esposto nelle pagine precedenti, il Testo Unico nell'art. 6, comma 2, non solo prevede l'obbligo per le società a controllo pubblico di predisporre i programmi di valutazione del rischio di crisi, ma stabilisce anche che l'organo amministrativo ne dia informativa all'assemblea tramite la relazione sul governo societario prevista dal successivo comma 4.

Sempre secondo l'esperto parere di Tiscini – Lisi, “*la relazione in oggetto deve essere considerata quale un importante veicolo di lettura delle dinamiche qualitative dei processi decisionali di amministrazione, controllo e gestione*”. Si tratta, quindi, di uno strumento molto valido al fine di aumentare e perfezionare l'informazione di tutti quei soggetti che si servono di tale relazione¹⁶⁶.

Tuttavia, il Testo Unico non precisa quali informazioni sui programmi in oggetto debbano essere riportati all'interno della relazione sul governo societario, ma è possibile ritenere ragionevolmente che vi sono dei contenuti minimi *standard* da dischiudere, come:

- l'esposizione degli indicatori utilizzati;
- l'indicazione dei criteri tramite i quali si interpretano i segnali derivanti dai suddetti indici;

¹⁶⁶ R. TISCINI – P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo due, p. 803.

- la valorizzazione degli indicatori, con i dovuti raffronti con l'andamento degli esercizi precedenti¹⁶⁷.

4.6 La quarta attività: l'adozione di un adeguato piano di risanamento

Con la previsione dell'art. 14, comma 2, del Testo Unico che prevede l'adozione di un adeguato piano di risanamento in caso di emersione di indicatori critici, nonché l'adozione dei provvedimenti che si rendano necessari per prevenire un aggravamento della crisi ed eliminarne effetti e cause, il legislatore non mira soltanto ad eliminare l'epifenomeno della crisi, ma soprattutto a stimolare un intervento più generalizzato così da recuperare nuovamente le condizioni di equilibrio economico necessarie¹⁶⁸.

A riprova di tale interpretazione, basti notare come nel successivo comma 4 del suddetto articolo il legislatore precisa come non basti un semplice ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione socia, se non quando esso sia affiancato da un piano di ristrutturazione aziendale che accerti la concreta possibilità di recupero da parte dell'impresa¹⁶⁹.

In definitiva, si può affermare che il risanamento non è stato pensato per il mero tamponamento temporaneo del problema, ma piuttosto deve consistere in

¹⁶⁷ *Ibidem.*

¹⁶⁸ R. TISCINI – P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo due, p. 803-804.

¹⁶⁹ *Ibidem.*

un'azione su quegli aspetti che fanno sì che il problema persista nel tempo, conducendo l'azienda ad un recupero dell'equilibrio gestionale¹⁷⁰.

Come citato poc'anzi, l'art. 14 del Testo Unico menziona anche i “*piani di ristrutturazione aziendale*” stabilendo che essi possano essere “*approvati ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5*”: la norma non è del tutto chiara, in quanto il comma richiamato riguarda i “*piani di risanamento*” e quindi sfugge quale sia la differenza tra piani di risanamento e di ristrutturazione aziendale citati¹⁷¹. Al riguardo, la ricostruzione effettuata da Guizzi – Rossi contempla lo scenario nel quale i *piani di risanamento* siano il *genus*, mentre i *piani di ristrutturazione* costituiscano una *species*: questi ultimi si differenziano per il fatto che, implicando un intervento finanziario sotto forma di capitale di rischio, devono essere necessariamente accompagnati da un'attestazione sulle fondate prospettive di recupero dell'equilibrio gestionale. Tuttavia, non mancano autorevoli opinioni in dottrina che sostengono la tesi per la quale i due *piani* si identifichino per contenuto ed effetti. Ad esempio, D'Attorre adduce varie motivazioni a sostegno della suddetta teoria. Da un punto di vista giuridico – aziendale, egli ritiene che *risanamento* e *ristrutturazione* identifichino la stessa fattispecie poiché entrambe hanno come obiettivo il rinvenimento dell'equilibrio economico dell'azienda¹⁷². Dal punto

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ G. GUIZZI – M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 610, Nel diritto editore, 2018.

¹⁷² G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2018, p. 139 e ss.

di vista letterale, sebbene per il piano di ristrutturazione si faccia riferimento al recupero dell'”*equilibrio economico*” mentre per il piano di risanamento si parla di “*equilibrio finanziario*”, l'autore fa notare come “*l'equilibrio finanziario, inteso come rialign dei flussi finanziari in entrata e uscita, non può essere raggiunto stabilmente senza un recupero dell'equilibrio economico, che elimini le cause della crisi*”¹⁷³.

4.7 (Segue): I piani di risanamento ex art. 14 T.U. e i piani attestati di risanamento ex art. 67 l. fall.

In questa sede, sembra anche il caso di rimarcare quali siano le principali differenze intercorrenti tra il piano di risanamento previsto all'interno del Testo Unico e il piano attestato di risanamento contenuto all'interno della Legge fallimentare all'art. 67.

Al riguardo, infatti, è palese di come si tratti sicuramente di due strumenti diversi, non tanto per il contenuto ma piuttosto per il procedimento di adozione e gli effetti che essi producono¹⁷⁴.

Iniziando dal contenuto, è appena il caso di precisare che entrambi i piani sono costituiti da documenti di carattere programmatico volti alla messa in atto di iniziative finalizzate al superamento della crisi finanziaria, nonché alla

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Il Fallimento*, n.2, 2018, p. 139 e ss.

riacquisizione dell'equilibrio economico e alla sistemazione della posizione debitoria¹⁷⁵.

Passando ora all'aspetto procedimentale, le differenze risultano evidenti. Il piano *ex art. 67 l.fall.* deve necessariamente essere attestato da un esperto indipendente, al contrario di quanto invece accade per il piano *ex art. 14 del Testo Unico*. Ancora, sotto il profilo della “*pubblicità*”, se da un lato il piano attestato può essere pubblicato all'interno del registro delle imprese su istanza del debitore, dall'altro lato tale situazione non può verificarsi per il piano di risanamento¹⁷⁶.

Infine, per ciò che riguarda gli effetti prodotti, anche qui le differenze sono degne di nota. Sebbene entrambi i piani possono essere presi in considerazione come parametri per valutare la coscienziosità dell'operato degli organi sociali durante la crisi, i possibili effetti giuridici che conseguono all'adozione dei due tipi di piano sono differenti¹⁷⁷. Infatti, da un lato, il piano attestato di risanamento comporta l'esenzione dall'azione revocatoria degli atti, garanzie e pagamenti accordati sui beni del debitore oltre a esentare da reati di bancarotta semplice e documentale; dall'altra parte, invece, il piano è privo di entrambi i tipi di tutela appena esposta¹⁷⁸. Ed è proprio la possibilità di beneficiare di tali effetti protettivi che, secondo D'Attorre, fa sì che la norma sia l'utilizzo dei

¹⁷⁵ *Ibidem.*

¹⁷⁶ G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Il Fallimento*, n.2, 2018, p. 139 e ss.

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ *Ibidem.*

piani attestati di risanamento ex art. 67 l.fall., accompagnata dalla necessaria attestazione di un esperto indipendente¹⁷⁹.

5. Il regime della responsabilità nelle società pubbliche.

Fino a questo momento sono state esposte ed analizzate le norme, come l'art. 6 e l'art. 14 del Testo Unico, dettanti le modalità di predisposizione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, i casi in cui devono essere attivati e quali siano i contenuti dei suddetti.

Seguendo il filo rosso che guida il discorso del presente elaborato, sembra adesso il caso di procedere con una breve, ma necessaria, disamina del regime della responsabilità degli amministratori e dei componenti degli organi sociali nelle società a partecipazione pubblica in modo da comprendere quali siano le conseguenze nel caso in cui si dovessero verificare scenari di inerzia dei suddetti soggetti di fronte all'emersione di indici preannunciatori di crisi, mancata predisposizione dei programmi di valutazione del rischio o mancata adozione di adeguati piani di risanamento.

5.1 La responsabilità dei componenti degli organi sociali delle società pubbliche: l'articolo 12 e la giurisdizione della Corte dei conti.

¹⁷⁹ *Ibidem.*

L'articolo 12, comma 1, del Testo Unico prevede che i componenti degli organi delle società partecipate siano esposti alle azioni civili di responsabilità prevista dalla disciplina delle società di capitali¹⁸⁰, ossia: azione di responsabilità deliberata dall'assemblea (ex art. 2393 c.c.), dai soci (ex art. 2393-bis c.c.), dai creditori sociali (ex art. 2394 c.c.), dai rispettivi organi (ex art. 2394 c.c.), nonché all'azione di responsabilità individuale del socio o del terzo (ex art. 2395 c.c.).

In sostanza, quindi, la circostanza che l'organo amministrativo manchi di adottare provvedimenti adeguati sia per quanto riguarda i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, sia riguardo i provvedimenti finalizzati a evitare l'aggravarsi della crisi per mezzo di apposito piano di risanamento, fa sorgere una responsabilità in capo agli amministratori delle società a partecipazione pubblica¹⁸¹.

Ciò che invece attribuisce un carattere di specialità alla disciplina delle società pubbliche rispetto al regime generale delle società di diritto comune, è il primo comma dell'art. 12 del Testo Unico, con la statuizione “*salva la giurisdizione*

¹⁸⁰ In tal senso si veda anche il comma 2 dell'art. 2449 c.c.

¹⁸¹ G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2, pag. 209.

della Corte dei Conti per il danno erariale¹⁸² causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*”¹⁸³.

In base all’articolo 12, si può quindi affermare che la regola generale preveda l’applicazione delle norme contenute nella disciplina delle società di capitali relativamente alla responsabilità dei soggetti facenti parte degli organi della società partecipata; mentre è prevista la devoluzione alla giurisprudenza della Corte dei conti in caso di danno erariale per amministratori e dipendenti delle società *in house*¹⁸⁴.

Riguardo tale argomento, è necessario puntualizzare che esiste una giurisdizione esclusiva della Corte dei conti di tipo pieno per ciò che riguarda le società *in house*, ma esistono anche casi in cui ha luogo una devoluzione di tale giurisdizione per quanto riguarda le società con capitale misto ma che non sono *in house*¹⁸⁵. Per queste ultime società, infatti, se si considera uno scenario di riferimento relativo ad uno stesso danno arrecato ad una stessa società,

¹⁸² Per danno erariale si intende “*il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell’esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione*” (art. 12 comma 2 TUSPP).

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ G. RACUGNO, *Crisi d’impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2, pag. 210.

¹⁸⁵ G. RACUGNO, *Crisi d’impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2, pag. 210.

bisogna scindere il danno erariale, inteso come pregiudizio al valore della partecipazione, e il danno ex art. 2392 c.c. che è tutelabile di fronte al giudice ordinario solo dai soci non pubblici¹⁸⁶.

5.2 La responsabilità degli amministratori tra diritto privato e diritto pubblico.

L'ampiamente dibattuto problema della responsabilità degli amministratori va affrontato partendo dalla più generale discussione su quale sia la disciplina da applicare alle società pubbliche data la loro particolare natura.

Infatti, come rileva Fratini *“la ‘società pubblica’ costituisce un ossimoro, una contraddizione in termini: la società è un ente di diritto privato; la ‘società pubblica’ è, quindi, un ente di ‘diritto privato pubblico’. [...] La sua veste privatistica si accompagna a una sostanza pubblicistica”*¹⁸⁷.

Quindi, riguardo l'aspetto privatistico, alla società così come anche riguardo alla responsabilità degli amministratori, si dovrebbe ricorrere alle regole di diritto privato; mentre per la parte pubblicistica si dovrebbe applicare la disciplina di diritto amministrativo e, per quanto qui interessa, si verificherebbe una responsabilità amministrativo-contabile dei membri degli organi di gestione¹⁸⁸.

¹⁸⁶ *Ibidem.*

¹⁸⁷ M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 712, Nel diritto editore, 2018.

¹⁸⁸ *Ibidem.*

Tale contrasto fu già risolto dalla Relazione al codice civile del 1942, in base al quale le società pubbliche soggiacciono alle regole del diritto privato, per quanto la legge non disponga altrimenti; se è vero che “*Nomina sunt substantia rerum*”, se l’ente pubblico decide di utilizzare lo strumento privatistico della società, allora dovrà sottostare al relativo regime giuridico¹⁸⁹.

La conferma di quanto appena esposto è rinvenibile in *primis* all’interno dell’articolo 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012¹⁹⁰ e, successivamente, la suddetta regola è confermata dal Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, nell’articolo 1, comma 2¹⁹¹.

Per quanto interessa ai fini del discorso in svolgimento, da quanto detto finora ne discende che tale regola generale, relativa all’applicazione del diritto privato, conseguentemente vale anche per quanto riguarda la disciplina della responsabilità degli amministratori delle società pubbliche.

5.3 La “grave irregolarità” ex art. 14 comma 3 del TUSPP e la responsabilità ex art. 2409 c.c.

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ L’articolo stabilisce che in relazione alle società a partecipazione pubblica “*per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*”.

¹⁹¹ “*per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulla società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”.

In tema di responsabilità, è importante evidenziare innanzitutto come il principale dovere degli amministratori è garantire la regolarità della gestione dell'impresa e l'art. 2409 è posto a presidio di tale dovere e ne sanziona l'eventuale violazione¹⁹².

L'articolo 14 comma 3 del Testo Unico stabilisce che, quando si verifica uno scenario di emersione di indicatori di crisi aziendale, “*la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.*”. Se si considera che gli amministratori, già prima che l'impresa diventi assoggettabile ad una procedura concorsuale, sono tenuti al dovere di porre in essere tutti i presidi necessari per scongiurare che l'eventuale crisi si aggravi, ne deriva che l'irregolarità della gestione si verifica in primis con la mancata adozione dei programmi di valutazione del rischio e, successivamente, con la mancata adozione dei provvedimenti adeguati per prevenire il declino della crisi e con la mancata adozione di provvedimenti adeguati per affrontare l'assoggettamento della crisi ad una procedura concorsuale¹⁹³.

Inoltre, bisogna evidenziare come l'art. 2409 c.c. tra quelli che sono i doveri degli amministratori annovera anche quello di osservazione e controllo dell'equilibrio finanziario dell'azienda, e di conseguenza un dovere di monitoraggio della solvibilità nel breve e nel medio termine così da poter

¹⁹² G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2, pag. 205.

¹⁹³ G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2, pag. 206.

scorgere in tempo eventuali segni preannunciatori di crisi o insolvenza e, se del caso, accedere ad una procedura concorsuale adeguata al caso di specie¹⁹⁴.

Tirando le somme, dal combinato disposto tra l'art. 2409 c.c. e il comma 3 dell'art. 14 del Testo Unico che lo richiama, è evidente che se l'organo amministrativo manca di prevedere adeguati provvedimenti che delineino uno schema decisionale basato su una prudente e regolare gestione, su di esso ricadrà la responsabilità e i derivanti obblighi di risarcimento verso la società e i creditori sociali¹⁹⁵, responsabilità che quindi si configurerà nel momento in cui l'organo d'amministrazione manchi di predisporre i programmi di prevenzione del rischio di crisi o rimanga inerte di fronte all'emersione di indici preannunciatori di crisi senza adottare i provvedimenti necessari ed adeguati al peggioramento della crisi stessa.

5.4 Gli obblighi di carattere generale come importanti criteri di responsabilità degli amministratori.

Si è fatta menzione poc'anzi di quanto sia importante che l'amministratore garantisca la regolarità della gestione dell'impresa, in quanto si tratta di un requisito fondamentale sia per l'interesse dei soci ma anche in tema di responsabilità degli stessi amministratori.

Ora è però il caso di sottolineare che, oltre ai vari obblighi e divieti specifici previsti dalla legge e dai regolamenti, vi sono una serie di obblighi di carattere

¹⁹⁴ *Ibidem.*

¹⁹⁵ G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2, pag. 205

generale sui quali, una volta violati, è possibile fondare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori al fine di perseguire i comportamenti di *mala gestio* che non ricevono tutela delle disposizioni di legge in materia¹⁹⁶.

Uno dei più importanti tra i suddetti obblighi è quello di “diligenza”, la cui definizione necessita prima un breve prelude introduttivo.

Difatti è necessario prima ricordare che l'amministratore sta in un rapporto contrattuale con la società, dal quale discende il dovere di garantire una gestione societaria fedele ai principi prescritti dalla legge e dallo statuto¹⁹⁷. Un'implicazione molto importante di tale scenario è la chiara natura contrattuale della responsabilità dell'amministratore verso la società se questi dovesse violare uno dei doveri che discendono dalla sua funzione¹⁹⁸.

Del resto, è impossibile ignorare gli attuali orientamenti giurisprudenziali in base ai quali l'area di responsabilità risulta estesa non solo alle situazioni in cui l'obbligo di prestazione violato discende da un contratto, ma anche a tutti gli

¹⁹⁶ A. BAUDINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto, dopo il D.Lgs. n. 175/2016*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2017, fasc. 10.

¹⁹⁷ P. ABBADESSA – E. GINEVRA, *Società di capitali*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres, I*, Napoli, 2004, p.10.

¹⁹⁸ M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 714, Nel diritto editore, 2018.

altri casi in cui la responsabilità consegue all'inadempimento di una “*specifica preesistente obbligazione, quale che ne sia la fonte*”¹⁹⁹.

Quindi, l'amministratore sarà tenuto a rispondere dell'eventuale inadempimento dei doveri che discendono ora dalla legge, ora dallo statuto sociale²⁰⁰.

Ed è proprio qui che il dovere di diligenza risulta essere centrale: infatti, l'obbligo di amministrare una società pubblica perseguendo finalità di interesse generale risulta quantomeno difficile da disattendere nella sua totalità, però può essere valutata indifferentemente in base alle modalità con le quali il suddetto obbligo viene adempiuto o, per meglio dire, “*in base al grado di diligenza con cui l'amministratore vi ha atteso*”²⁰¹.

Risulta quindi evidente come la diligenza, in uno scenario comprendente vari obblighi riferiti ad una prestazione definibile solo in modo generico, diventa un criterio di specificazione dei comportamenti dovuti, finendo con l'identificarsi con lo stesso oggetto dell'obbligazione²⁰².

Il secondo obbligo è quello dell’“*agire informato*” che grava su tutti gli amministratori, il quale cammina di pari passo con un diritto all'informazione che gli organi delegati devono necessariamente soddisfare riferendo al

¹⁹⁹ M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 715, Nel diritto editore, 2018.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ivi*, p. 716.

consiglio ogni sei mesi oppure secondo la periodicità statutariamente individuata²⁰³.

Infine, necessitano di menzione anche:

- il divieto di agire in conflitto di interessi con la società, il quale ricade su amministratori che siano anche portatori di interessi personali, in relazione al ruolo ricoperto ed ai poteri di cui sono investiti;
- l'obbligo di non concorrenza, che se violato diventa fonte di responsabilità per eventuali danni sofferti dalla società;
- l'obbligo di riservatezza, in base al quale gli amministratori che, a vantaggio proprio o di terzi, dovessero fare uso di dati, documenti, notizie o opportunità di affari, avendone conoscenza per via dell'incarico ricoperto, sono responsabili per i danni arrecati alla società come conseguenza di tale pratica²⁰⁴.

5.5 Cenni sulla responsabilità solidale degli amministratori.

Trattandosi, in questa sede, della responsabilità conseguente alla mancata previsione dei programmi di prevenzione del rischio di crisi così come degli adeguati piani di risanamento e di tutte le misure necessarie a prevenire

²⁰³ A. BAUDINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto, dopo il D.Lgs. n. 175/2016*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2017, fasc. 10.

²⁰⁴ *Ibidem*.

l'insorgere e l'aggravamento delle situazioni di crisi, è necessario fare cenno al carattere solidale della responsabilità degli amministratori in caso di danni derivanti dell'inosservanza dei loro doveri.

Prima di tutto bisogna precisare che risulta ormai ampiamente condiviso, in dottrina e giurisprudenza, il principio per cui la responsabilità solidale non significa responsabilità senza colpa, ma si avrà responsabilità solo in caso di violazione colpevole di determinati doveri e dovrà essere valutata per ognuno dei soggetti responsabili in solido²⁰⁵. Peraltro, nel caso di organo amministrativo collegiale la responsabilità solidale viene esclusa in caso di funzioni concretamente attribuite a uno o più amministratori: ciò significa che se esistono organi delegati, gli amministratori che sono privi di delega non avranno responsabilità alcuna per i danni che discendano da un'eventuale inosservanza di attribuzioni dell'amministratore delegato²⁰⁶.

Quindi, l'amministratore non è responsabile per il solo fatto di far parte dell'organo amministrativo, ma lo sarà nel caso in cui abbia partecipato all'atto che ha originato il danno in oggetto oppure non si sia attivato per impedire il verificarsi di quell'atto o per attenuarne o evitarne le conseguenze negative; potrà liberarsi dalla responsabilità discendente da fatti o omissioni non propri facendo verbalizzare il proprio dissenso, ammesso che egli non abbia colpa²⁰⁷.

²⁰⁵ M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 716, Nel diritto editore, 2018.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Ibidem*.

Alla luce di quanto affermato finora, è evidente come la diligenza del comportamento dell'amministratore dovrà essere valutata in concreto caso per caso ed a conferma di ciò Fratini afferma che *“il giudice, investito dell'azione di responsabilità per la violazione da parte degli amministratori dell'obbligo di diligenza, non deve valutare il merito delle scelte di gestione, bensì verificare che le scelte compiute siano state precedute da cautele, verifiche e informazioni necessarie ai fini di una decisione consapevole e ponderata”*²⁰⁸.

5.6 Le tre azioni di responsabilità esperibili nei confronti degli amministratori.

Al fine di avere un quadro sufficientemente completo della situazione in trattazione, appare ora necessario analizzare il tritico di azioni previste dal Codice Civile in materia di responsabilità degli amministratori, proprio in ragione del fatto che si tratta di azioni che sono potenzialmente esperibili a carico dei componenti dell'organo amministrativo in caso di mancata o incompleta attuazione dei programmi di prevenzione del rischio di crisi d'azienda.

La tripartizione che verrà analizzata di seguito individua le tre azioni esercitabili avverso gli amministratori e, allo stesso tempo, evidenzia le tre

²⁰⁸ M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 715, Nel diritto editore, 2018.

tipologie di responsabilità che su di essi possono ricadere: verso la società, verso i creditori sociali o verso i singoli soci o terzi²⁰⁹.

Quando si parla di azione sociale di responsabilità ci si riferisce a quell'azione che la società può esercitare, previa autorizzazione assembleare, avverso un proprio amministratore ai fini dell'ottenimento di un risarcimento del danno che il suddetto ha causato con dei propri comportamenti nell'esercizio della propria funzione²¹⁰.

L'art. 2393 c.c. prevede che l'azione sociale possa essere esercitata da parte di soci rappresentanti almeno un quinto del capitale sociale ma non superiore ad un terzo dello stesso ed, al contempo, stabilisce che ogni vantaggio conseguito dalla minoranza di soci che agisce è spettante alla società: si tratta quindi di un'azione di tipo surrogatorio in quanto originariamente spettante alla società, che tuttavia viene esercitata in via di sostituzione dalla minoranza in caso di inerzia della maggioranza²¹¹.

A seguire, l'art. 2394 c.c. prevede un'azione di responsabilità avverso gli amministratori a tutela dei creditori in modo tale che, quando si verifichi una situazione di incapienza del patrimonio societario, essi possano vedere soddisfatte le loro ragioni creditorie²¹².

²⁰⁹ *Ivi*, p.717.

²¹⁰ M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 717, Nel diritto editore, 2018.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Liber amicorum Campobasso*, 3, Torino, 2007, p. 624.

Infine, l'art. 2395 c.c. consente ai soci o a terzi, i quali siano stati direttamente danneggiati come conseguenza di atti dolosi o colposi degli amministratori, di esercitare un'azione individuale per il risarcimento del danno²¹³.

Nel disciplinare tale tipologia di azione, il legislatore non utilizza a caso l'avverbio "direttamente": infatti, l'art. 2395 c.c. differisce dalle altre azioni avverso gli amministratori in quanto, diversamente da quelle, anche implicando una violazione compiuta dall'amministratore delle regole governanti la loro funzione, non richiede un pregiudizio al patrimonio societario quale presupposto, bensì si riferisce unicamente al danno provocato direttamente al patrimonio proprio del socio o del terzo²¹⁴.

Ovviamente, dato il riferimento normativo all'incidenza di tipo "diretto" del danno sul patrimonio del danneggiato, l'applicazione dell'art. 2395 c.c. comporta la necessità di un rigido esame del nesso di causalità tra il pregiudizio che il creditore subisce e il comportamento tenuto dall'amministratore.

6. Le prospettive di riordino e cambiamento nell'ottica del D.Lgs. 14/2019.

Ora che il discorso relativo ai programmi di prevenzione del rischio e alla loro mancata previsione, sebbene senza pretese di completezza, è stato sufficientemente trattato, sembra possibile per chi scrive fare una lieve deviazione argomentativa, da non confondere con una mera divagazione.

²¹³ M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, p. 717, Nel diritto editore, 2018.

²¹⁴ *Ivi*, p. 718.

Dopo l'ampia trattazione effettuata nel presente lavoro, risulta chiaro che uno dei motivi predominanti che hanno spinto il legislatore del Testo Unico ad introdurre il dovere di previsione dei suddetti programmi di valutazioni sia stato proprio la ricerca di una sempre più precoce emersione della crisi, in modo da permetterne un superamento sempre più agevole e povero di conseguenze negative per tutti i soggetti coinvolti in essa.

Tuttavia, l'esperienza recente ha purtroppo evidenziato come, nell'ambito societario in generale, si faccia ancora fatica ad accertare in anticipo e poi dichiarare lo stato di difficoltà finanziaria anche perché è lo stesso impianto della legge fallimentare ad arrancare in questo aspetto²¹⁵.

Con l'avvento del D.Lgs. 14/2019 e del conseguente Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che entrerà in vigore ad ottobre 2020, verranno *“introdotti vari istituti volti sia a monitorare la continuità delle imprese, sia a inserire nuove procedure confidenziali e non giudiziali di allerta e composizione assistita della crisi”*:

- riguardo il primo tema, il codice modificherà l'art. 2086 c.c., prevedendo un obbligo per l'imprenditore non individuale a introdurre degli assetti organizzativi e contabili adatti, nonché un obbligo di attivazione immediata per l'adozione di adeguati strumenti per superare la crisi;
- in merito al secondo tema, il codice inserirà degli oneri di segnalazione sia a carico degli organi di controllo che dovessero venire a conoscenza

²¹⁵ A. DANОВI – G. ACCIARO, *Un codice per restituire sistematicità alle norme sulla crisi d'impresa*, in *Crisi d'impresa*, Il Sole 24 ore, Marzo 2019, fasc. 2, p.7.

di indizi di crisi durante lo svolgimento delle loro funzioni, sia a carico dei creditori pubblici;

- inoltre, anche all'organo di controllo sarà richiesto di individuare con tempestività lo stato di crisi oltre a vigilare sulla continuità aziendale ed, eventualmente, accertarne la perdita²¹⁶.

Questi sono solo alcune delle innovazioni previste dal nuovo Codice il quale, per evitare un'eccessiva dilazione dell'elaborato, non verrà trattato nello specifico ma che già evidenziano quanto siano alte le aspettative che il legislatore nutre sugli effetti positivi delle misure contenute e previste nel Decreto Legislativo²¹⁷.

Ebbene, se tali misure innovative saranno applicabili alle società a partecipazione o a controllo pubblico, come è auspicabile che avvenga, la loro unione con la già analizzata disciplina dei programmi di prevenzione del rischio di crisi aziendale porterebbe sicuramente ad un connubio virtuoso, consentendo di assicurare sempre di più l'emersione anticipata delle difficoltà dell'impresa, ma al contempo aumentare anche la possibilità di successo del risanamento aziendale, con la conseguente presa di consapevolezza che gli indizi preannunciatori di crisi non costituiscono una “*condanna a morte*” per la società, ma uno spunto dal quale ripartire per evitare il pericoloso vortice che porta al fallimento.

²¹⁶ A. DANOVI – G. ACCIARO, *Un codice per restituire sistematicità alle norme sulla crisi d'impresa*, in *Crisi d'impresa*, Il Sole 24 ore, Marzo 2019, fasc. 2, p.8.

²¹⁷ *Ibidem*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'attività di ricerca effettuata all'interno del presente elaborato è partita da una profonda analisi dell'istituto della società a partecipazione pubblica, analizzandone la disciplina, così come prevista dal Testo Unico in materia, ed in particolare le varie conformazioni che tali società possono assumere, tra tutte la società *in house*, la quale è soggetta ad una disciplina ancora più stringente. Proseguendo nella ricerca, l'attenzione è stata volta verso il regime di *governance* vigente per le società pubbliche, il quale è risultato essere fondamentale per garantire il corretto funzionamento del meccanismo gestionale sia in ottica di prevenzione del rischio di crisi, sia nell'ottica degli obblighi informativi.

Infine, la lente di ingrandimento è stata puntata sul tema centrale del presente lavoro: i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale.

La disamina degli obiettivi del legislatore insieme all'analisi delle regole per la predisposizione dei suddetti piani e degli indicatori da utilizzare ai fini di un loro efficace funzionamento, ha evidenziato quanto sia importante la precoce emersione della crisi in ambito societario.

Tale convincimento ha automaticamente reindirizzato il filo rosso del discorso verso l'analisi del regime di responsabilità degli organi sociali e, soprattutto, degli amministratori, al quale è seguita un'esposizione del quadro delle azioni di responsabilità alle quali l'amministratore soggiace in caso di episodi di *mala gestio*, specie se legati alla mancata predisposizione dei programmi di valutazione del rischio.

Arrivati alla fine di questa trattazione, risulta ormai abbastanza evidente come all'interno dell'ordinamento italiano esista un generale dovere degli amministratori di sorvegliare incessantemente l'andamento dell'attività ma,

ancora prima, un dovere di allestire, conservare ed adeguare la struttura organizzativa approntata a tal fine: in questo contesto, il dovere di predisporre i programmi di valutazione del rischio sembra essere totalmente coerente alle finalità del legislatore.

Ciò che ancora emerge chiaramente è che si tratta di strumenti quantomeno raccomandabili, se non addirittura imposti, all'interno di ogni realtà societaria e che risultano enormemente utili non solo a tutela di soci e creditori sociali, ma in primis per gli amministratori stessi.

Peraltro, si è avuto modo di vedere come l'importanza dell'adozione dei suddetti programmi è data anche dalla circostanza che, in base al loro effettivo funzionamento, si generano ulteriori doveri in capo agli amministratori, primo fra tutti il dovere di adottare senza indugio un adeguato piano di risanamento in caso di eventuale emersione degli indicatori di crisi previsti dai programmi in questione.

Considerando già soltanto tale facciata della struttura organizzativa, poiché questo è quanto interessa ai fini del presente lavoro, non si commette forzatura alcuna nell'affermare che l'inefficienza dell'attività organizzativa e programmatica dell'attività spettante agli organizzatori conduce ad un disavanzo di gestione il quale, peraltro, se non contrastato tempestivamente spesso porta al rapido declino dell'impresa.

Purtroppo, come l'esperienza degli ultimi anni suggerisce, risulta ancora abbastanza faticoso per le imprese riuscire nella precoce rilevazione di una situazione di potenziale crisi, ancora vista come spauracchio dalle aziende stesse, sebbene dal lavoro di ricerca svolto risulta evidente che, così come per le malattie umane, anche in materia di crisi d'impresa risulta molto più facile risolvere la patologia quando questa è rilevata e affrontata sul nascere.

Per tutti i motivi sopra esposti, la necessità del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. 14/2019), contenente importantissime misure quali, ad

esempio, le nuove procedure di allerta, gli obblighi di segnalazione, le fasi e i programmi di composizione assistita e le misure premiale per l'imprenditore *virtuoso*, risulta quantomeno impellente.

Chi scrive ritiene in proposito che l'applicabilità di tali norme anche all'istituto delle società a partecipazione pubblica significherebbe sicuramente compiere un grande passo avanti verso il raggiungimento degli obiettivi di precoce emersione e risoluzione della crisi, evitando tutte le conseguenze negative per la compagine societaria conseguente al fallimento.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

Art. 1, co. 734, l. 296/2006.

Art. 1, co. 550, l. 147/2013.

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 8 Maggio 2014, n. 2362, in www.dejure.it .

CORTE DI CASSAZIONE, S.U., 10 marzo 2014, n. 2362, in www.dejure.it .

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista societaria*, 2005.

D'ORAZIO L., *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, IPSOA, 2017.

PAPA MALATESTA A., *Partecipazioni pubbliche*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995.

CIRENEI M. T., *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. G. PORTALE, UTET, 1992, VIII.

IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica oggi*, in *Rivista del diritto dell'impresa*, 2010.

LUCIANI F., “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2012.

DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2004.

GUARINO R., *La causa pubblica alla luce del Testo Unico 175/2016*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANO – A. CATRICALÀ, 2016, tomo I.

DUGATO M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013.

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

CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, 2009.

FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, CEDAM, 2016.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, Bruxelles, 30 aprile 2004.

LIBANORA M., *Le società miste pubblico-private e le operazioni di project financing*, IPSOA, 2011.

D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, meglio noto come “*Testo unico in tema di società a partecipazione pubblica*”.

MAZZONI A., *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema*.

DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, IPSOA, 2016.

DONATIVI V., “*Società a controllo pubblico*” e *società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, fasc. 5.

BRICI D. E. – DONATO A., *Commento agli artt. 1-2*, in *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175*, diretto da D. MEO – A. NUZZO.

GAROFALI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, 2015.

BOVE A., *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno.

IMPARATO L., *Il modello delle società in house: art. 16 del testo unico ed altre disposizioni dell'ordinamento*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno.

GIUSTI A., *Società in house – I requisiti dell'in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, in *Giurisprudenza italiana.*, 2017, 2.

STANIZZI E., *Le società in house*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Nel diritto editore, 2018.

CASAVECCHIA M., *Le società pubbliche alla luce del TU 175/2016: riflessioni su costituzioni e statuti*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÓ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo uno.

STANCANELLI G. – MOSCARDI I. – DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, 2008, Vol. I.

DIDONNA M., *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urbanistica ed appalti*, 2006, fasc. 4.

LEGGIADRO F., *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 3, 2013

DE GIROLAMO A., *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Nel diritto editore, 2018.

CAIA G., *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica – Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 5/2017, IPSOA, 2017.

CUCCURULLO O., *Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 Agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo.

LIBERTINI M., *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, www.federalismi.it

L. 287/1990, meglio nota come “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”.

SERAFINI S., *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in *La governance delle società pubbliche nel d. lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI.

PICARDI L., *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d. lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI.

F. GHEZZI, *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI, Giuffrè editore, 2005.

SALAFIA V., *Il sistema monistico nell'amministrazione e controllo delle s.p.a.*, in *Le società*, 2006, n. 12.

IRRERA M., *Assetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, fasc. 3.

CARLIZZI M., *Direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Nel diritto editore, 2018.

ABRIANI N., *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, UTET Giuridica, 2016.

GRANA G. – CAMPORESI R., *La valutazione del rischio di crisi aziendale ex art. 6 D.Lgs. 175/2016*, www.self-entilocali.it, 2017.

REDAZIONE ALTALEX, *Codice della crisi di impresa: nuova legge delega per l'adozione di correttivi*, www.altalex.com, 2019.

CARDARELLI M. C., *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, fasc. 1.

CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di AMBROSINI S., Bologna, 2006.

AMBROSINI S., *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali: focus riforma fallimentare*, 2019.

TISCINI R. – LISI P., *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 2016, tomo due.

MAFFEI M., *Il principio della continuità aziendale e il controllo della sua corretta applicazione*, Giappichelli Editore, 2017.

DE SENSI V., *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Rivista delle società*, 2017, fasc. 2-3.

RACUGNO G., *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc. 2.

GUIZZI G. – ROSSI M., *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Nel diritto editore, 2018.

D'ATTORRE G., *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2018.

FRATINI M., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Nel diritto editore, 2018.

BAUDINO A., *La responsabilità degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto, dopo il D.Lgs. n. 175/2016*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2017.

ABBADESSA P. – GINEVRA E., *Società di capitali*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres, I*, Napoli, 2004.

LIBONATI B., *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Liber amicorum Campobasso*, 3, Torino, 2007.

DANOVI A. – ACCIARO G., *Un codice per restituire sistematicità alle norme sulla crisi d'impresa*, in *Crisi d'impresa*, Il Sole 24 ore, Marzo 2019, fasc. 2.

RIASSUNTO

Il presente elaborato si basa, come tema generale sulle società a partecipazione pubblica, per concentrarsi sui programmi di valutazione del rischio di crisi d'impresa in quanto fulcro centrale del lavoro di ricerca.

All'interno del primo capitolo è contenuta una disamina approfondita dell'istituto della società a partecipazione pubblica e delle sue caratteristiche principali. In un primo momento la ricerca si è sforzata di fornire una definizione dell'istituto quanto più completa possibile ed un'analisi delle sue varianti tipologiche. In seguito, il lavoro si è focalizzato su due bipartizioni fondamentali dell'istituto: in primo luogo la distinzione tra “controllo pubblico” e “partecipazione pubblica”, per poi giungere alla differenza intercorrente tra la partecipazione pubblica di tipo “diretto” e quella di tipo “indiretto”. La parte finale del primo capitolo riguarda invece l'istituto correlato delle società c.d. *In House*, la relativa definizione nonché i requisiti, i limiti e le finalità di tale tipologia di società pubblica.

Nel secondo capitolo dell'elaborato si è invece volto lo sguardo sui più importanti principi di *governance* che reggono la disciplina delle società a partecipazione pubblica, introducendo nella trattazione l'art. 6 del Testo Unico, tramite il quale il legislatore prevede il dovere di predisposizione dei programmi di prevenzione del rischio spettante agli amministratori della società pubblica.

Infine, il terzo capitolo si occupa specificamente della disciplina dettata in materia di programmi di prevenzione del rischio di crisi e delle finalità previste dal legislatore per tale istituto, volgendo anche lo sguardo sul binomio insolvenza – crisi d'impresa. Successivamente sono stati analizzati in modo più approfondito e schematico non solo i contenuti veri e propri dei suddetti

programmi di valutazione del rischio, ma anche i principi e gli indicatori sui quali essi si reggono.

Nei paragrafi finali dell'ultimo capitolo si è invece trattato il tema del regime della responsabilità nelle società pubbliche, con particolare attenzione a quelle che sono le responsabilità dell'organo amministrativo, specie quelle ricadenti in capo agli amministratori nel caso di mancata attuazione dei programmi di valutazione del rischio.

La chiusura finale dell'elaborato, contenuta nell'ultimo paragrafo, fa breve menzione delle possibilità di riordino della disciplina nell'ottica della prossima entrata in vigore del D.Lgs. 14/2019, il quale introdurrà il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Tale scenario potrebbe comportare importanti risvolti anche sul campo delle società a partecipazione pubblica, specialmente per quanto riguarda la precoce emersione della crisi, nell'ottica di un suo superamento più agevole ed indolore per la società.