



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN “DIRITTO ED IMPRESA”

XXXI CICLO

LA CRISI D’IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

TUTOR

CHIAR.MO PROF.

GIAN DOMENICO MOSCO

DOTTORANDO

FRANCESCO MARIA CIARALLI

COORDINATORE

CHIAR.MO PROF. ANTONINO GULLO

ANNO ACCADEMICO 2018-2019

INDICE

LA CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

CAPITOLO I

NATURA E TIPOLOGIA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NELLA PROSPETTIVA DELLA CRISI D'IMPRESA

1. LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NELL'AMBITO DELLA COMPLESSIVA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE.
2. FORMA SOCIETARIA COME MODELLO ORGANIZZATIVO "NEUTRO". TASSONOMIA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE E SUA RILEVANZA A FINI CONCORDATARIE.
3. IL PENDOLO TRA DIRITTO COMUNE E REGIMI SPECIALI.
4. IL REQUISITO SOGGETTIVO DEL FALLIMENTO: TRA TEORIA FUNZIONALISTA E TIPOLOGICA.
5. L'ADESIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE ALLA PROSPETTIVA TIPOLOGICA.
6. LA DISCUSSA FALLIBILITÀ DELLA *SOCIETÀ IN HOUSE*.

CAPITOLO II

CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE SECONDO IL DECRETO LEGISLATIVO 19 AGOSTO 2016, N. 175.

1. I CRITERI DELLA LEGGE DELEGA E LA PRIMA BOZZA DI ARTICOLATO. IL MODELLO DELLE SOCIETÀ BANCARIE.
2. IL PERIMETRO APPLICATIVO DELL'ART. 14.

3. LE MISURE DI PREVENZIONE DELL'AGGRAVAMENTO DELLA CRISI D'IMPRESA.
4. I PROGRAMMI DI VALUTAZIONE DEL RISCHIO AZIENDALE. PROFILI PROBLEMATICI.
5. RESPONSABILITÀ DEI COMPONENTI DEGLI ORGANI DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE.

CAPITOLO III

LA QUESTIONE DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*

1. INQUADRAMENTO DELLA DISCIPLINA.
2. L'EMERSIONE DELL'*IN HOUSE PROVIDING* NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.
3. LA DISCUSSA NATURA GIURIDICA DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*.
4. REQUISITI E ATTIVITÀ DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*.
 - 4.1. IL CONTROLLO ANALOGO.
 - 4.2. LA PREVALENTE DESTINAZIONE DELL'ATTIVITÀ IN FAVORE DELL'ENTE PARTECIPANTE.
 - 4.3. LA POTENZIALE PARTECIPAZIONE DEI PRIVATI.
5. IL PARERE DELLA SECONDA SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO N. 298/2015: REQUISITI PER GLI AFFIDAMENTI DIRETTI *IN HOUSE*.
6. RILIEVI CONCLUSIVI.

CAPITOLO IV

RILIEVI CONCLUSIVI E PROFILI RICOSTRUTTIVI

1. LA CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE IN RAPPORTO AL MODELLO DI GOVERNO DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE. PROFILI PROBLEMATICI.
2. IL MODELLO FRANCESE.
3. ALTERNATIVA TRA “GOVERNO REGOLAMENTARE” E “GOVERNO ISTITUZIONALE”.
4. LA DISCIPLINA DELLA CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NELL'AMBITO DELLA NUOVA DISCIPLINA GENERALE SULLA CRISI D'IMPRESA.

CAPITOLO I

NATURA E TIPOLOGIA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NELLA PROSPETTIVA DELLA CRISI D'IMPRESA

SOMMARIO: **1.** LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NELL'AMBITO DELLA COMPLESSIVA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI; **2.** FORMA SOCIETARIA COME MODELLO ORGANIZZATIVO "NEUTRO". TASSONOMIA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE E SUA RILEVANZA A FINI CONCORSUALI; **3.** IL PENDOLO TRA DIRITTO COMUNE E REGIMI SPECIALI; **4.** IL REQUISITO SOGGETTIVO DEL FALLIMENTO: TRA TEORIA FUNZIONALISTA E TIPOLOGICA; **5.** L'ADESIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE ALLA PROSPETTIVA TIPOLOGICA; **6.** LA DISCUSSA FALLIBILITÀ DELLA *SOCIETÀ IN HOUSE*; **6.** LA DISCUSSA FALLIBILITÀ DELLA *SOCIETÀ IN HOUSE*.

1. La nuova disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche nell'ambito della complessiva riforma delle procedure concorsuali.

La questione dell'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica al fallimento e al concordato preventivo è al centro di un ampio dibattito in dottrina, nonché di

orientamenti non univoci della giurisprudenza. Da ultimo, il legislatore delegato, con l'art. 14 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ha per la prima volta espressamente disciplinato la crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica¹. In precedenza, l'unico

¹ Occorre rilevare che la Corte costituzionale, con sentenza 25 novembre 2016, n. 251, ha dichiarato, *inter alia*, l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Le disposizioni illegittime fissano principi e criteri direttivi eccedenti l'ambito delle competenze statali in materia di «tutela della concorrenza» e di «coordinamento della finanza pubblica» e violano l'autonomia organizzativa e finanziaria delle Regioni.

È necessario precisare sin d'ora che la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità di numerose disposizioni della legge delega, ha lasciato impregiudicata la compatibilità costituzionale dei singoli decreti attuativi della c.d. Riforma Madia, ravvisando la necessità che per essi siano sollevate apposite e distinte questioni di legittimità costituzionale. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, precisa la Corte, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione.

Nello specifico, la Corte cost. rileva che «un intervento del legislatore statale, come quello operato con le disposizioni impugnate dell'art. 18, finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche, coinvolge, inevitabilmente, profili pubblicistici, che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi

abbrivo normativo per le ricostruzioni ermeneutiche era costituito dall'art. 1 della legge fallimentare, ove si stabilisce, con riferimento al requisito soggettivo, che sono «*soggetti al fallimento e alle disposizioni sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*».

Alla stregua della nuova disciplina, si è invece previsto che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne

riconducibili alla competenza residuale regionale, anche con riguardo alle partecipazioni degli enti locali che non abbiano come oggetto l'espletamento di funzioni fondamentali. Tale intervento coinvolge anche profili privatistici, inerenti alla forma delle società partecipate, che trova nel codice civile la sua radice, e aspetti connessi alla tutela della concorrenza, riconducibili alla competenza esclusiva del legislatore statale».

Alla stregua dell'*iter* argomentativo percorso dalla Corte cost., è possibile ritenere che l'art. 14 del decreto attuativo, avente per oggetto la disciplina della crisi d'impresa delle società partecipate, mediante il rinvio alle disposizioni comuni in materia di fallimento, concordato preventivo e amministrazione straordinaria delle grandi imprese, attenga all'*ordinamento civile*, materia rimessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex art. 117, co. 2, lett. l), Cost.*

Di conseguenza, non interferendo con le prerogative regionali concernenti l'organizzazione delle proprie funzioni, può ritenersi che la disciplina di cui all'art. 14, peraltro parzialmente ricognitiva dell'assetto giurisprudenziale, non sia stata scalfita dalla sentenza della Corte.

ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

La scarsa previsione legislativa, pur corredata da una più analitica disciplina relativa alle misure di prevenzione dell'aggravamento delle crisi d'impresa, lascia impregiudicati alcuni dei più rilevanti problemi emersi con riferimento al precedente contesto normativo.

Nella specie, le maggiori perplessità si incentrano sull'alveo applicativo della nuova disciplina, facente generico riferimento alle «*società a partecipazione pubblica*», pur a fronte di un'ampia pluralità di modelli di società pubblica, tra loro profondamente differenziati; d'altra parte, anche le disposizioni definitorie recate dal medesimo decreto legislativo lasciano residuare talune rilevanti ambiguità. I profili problematici sollevati dal nuovo intervento normativo necessitano, pertanto, di essere chiariti attraverso il prisma delle elaborazioni pretorie, anche europee, e dottrinali che hanno indagato la morfologia e gli elementi

costitutivi dei vari modelli di società pubblica, al fine di poterne poi predicare, alla luce di un'interpretazione sistematica, la sussumibilità o meno nel perimetro del menzionato art. 14.

Inoltre, occorre considerare che la disciplina di settore si iscrive in un complessivo processo di riforma delle procedure concorsuali, affidato alla legge delega 19 ottobre 2017, n. 155². Tale delega è stata esercitata attraverso il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, rilevante al fine di inquadrare dal punto di vista sistematico l'ambito entro cui si inserisce la disciplina sulla crisi d'impresa delle società pubbliche.

Nella specie, l'art. 2 della legge delega, nel dettare i principi generali della nuova disciplina, stabilisce alla lettera e) che il Governo, nell'esercitare la delega, deve attenersi al criterio direttivo di assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza *ogni categoria di debitore*, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o

² Per un primo esame della legge delega si rinvia al contributo di MOSCO – LOPREIATO, *Prime considerazioni a margine del progetto di riforma «Rordorf» delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*, LUISS LAW REVIEW, N. 1/2016.

imprenditore esercente un'attività commerciale, industriale, agricola o artigianale, con *esclusione dei soli enti pubblici*.

Il Progetto Rordorf, dunque, se da un lato fa salvo il requisito negativo di cui all'art. 1 della vigente legge fallimentare, dall'altro lato si riferisce eloquentemente ad «*ogni categoria di debitore*», pur indicando di tenere conto «*delle relative peculiarità soggettive ed oggettive*».

A fronte della menzionata disposizione, di per sé non dirimente circa il problema di discernere *quali* società pubbliche possono essere assoggettate a procedure concorsuali, una indicazione più esplicita si rinviene nella Relazione della Commissione Rordorf sullo schema della legge delega.

In particolare, il procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza viene ivi descritto come un contenitore processuale uniforme, idoneo a ricomprendere tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione della crisi o dell'insolvenza, quali che siano la natura, le dimensioni e la struttura dei debitori, tra di essi includendo espressamente «*le società a partecipazione pubblica e le società in house*», fatte salve,

in ogni caso, le eventuali disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni³.

Deve rilevarsi che, in ordine al profilo che qui interessa e salvi gli ulteriori approfondimenti nel prosieguo della trattazione, l'art. 1, comma 3 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, nel delineare il perimetro applicativo del nuovo intervento normativo, espressamente fa *“salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche”*.

Il legislatore delegato ha dunque compiuto la scelta di preservare le ragioni di specialità delle società pubbliche, dalla cui

³ In particolare, la Relazione al Ministro della Giustizia della Commissione Rordorf, nell'illustrare il procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza, afferma trattarsi di «una sorta di contenitore processuale uniforme di tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione - e miranti alla regolazione - della crisi o dell'insolvenza (ferma la già richiamata distinzione dei due menzionati concetti), siano esse finalizzate alla conservazione o alla liquidazione dell'impresa o del patrimonio del debitore, quali che ne siano la natura (civile, professionale, agricola, commerciale), le dimensioni (piccola, media, grande) e la struttura (persone fisiche, persone giuridiche, gruppi di imprese, cooperative, associazioni, fondazioni, onlus, enti ecclesiastici, società a partecipazione pubblica e società *in house*), con la sola esclusione degli enti pubblici, fatte salve le eventuali disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni».

disciplina ha anzi tratto la peculiare attenzione per le procedure di allerta e gli obblighi di segnalazione volti alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione.

Di conseguenza, l'applicabilità delle procedure concorsuali ai vari modelli di società pubblica può essere utilmente esaminata attraverso la ricostruzione degli elementi costitutivi delle diverse *species* di tali società, onde indagare se alcune tra queste presentino - anche in ragione del diritto europolitano - un legame con l'ente pubblico così intenso da farle transitare nell'ambito del requisito negativo di cui all'art. 1 della legge fallimentare, recepito anche dal *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*.

2. Forma societaria come modello organizzativo "neutro".

Tassonomia delle società pubbliche e sua rilevanza a fini concorsuali.

La rilevanza della questione inerente all'assoggettabilità delle società pubbliche alle procedure concorsuali emerge, in particolare, se si ha riguardo alla consistenza e alla latitudine del

fenomeno delle società a partecipazione pubblica, come risulta dai dati empirici disponibili. Sulla base della relazione Istat 2015, vi sono in Italia 7.757 organismi attivi (anche diversi dalle società) a partecipazione pubblica, con un totale di 953.100 addetti. Nell'ambito di questi organismi, constano circa 5.000 società a partecipazione pubblica (con netta prevalenza delle società partecipate da enti territoriali), con un numero complessivo di addetti ammontante alle 500.000 unità. Avendo riguardo alle sole società partecipate dagli enti territoriali, la relazione della Corte dei Conti per l'anno 2015 individua circa 3.000 società che svolgono *attività strumentali*, a fronte di altre 1.700 che svolgono attività di *servizio pubblico*. Inoltre, la stessa relazione segnala che: sono 988 le società con numero di addetti inferiore ai membri del consiglio di amministrazione; 2.479 le società con numero di addetti inferiore a 20; 1.600 le società con valore della produzione inferiore al milione di euro; 984 le società con valore della produzione maggiore di un milione e inferiore a cinque milioni di euro⁴.

⁴ Tale elaborazione è tratta dal parere reso dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato, 21 aprile 2016, n. 968.

Ciò posto, emerge come nell'ampio novero delle società partecipate siano individuabili diversi modelli di società pubblica, collocabili idealmente lungo un segmento che ha per estremi, da un lato, la disciplina di diritto comune prevista dal Codice civile e, dall'altro lato, la disciplina propriamente pubblicistica cui sono soggetti gli enti autarchici e quelli territoriali. Nel mezzo, si collocano società a partecipazione pubblica che presentano una regolamentazione prevalentemente privatistica ovvero pubblicistica, con deroghe, di varia intensità, ad entrambe. Le peculiarità di tali diversi modelli si riverberano, di necessità, sul problema inerente l'assoggettabilità delle società pubbliche *lato sensu* intese alle procedure concorsuali (ROSSI, 2004; FIORANI, 2012) .

È possibile individuare, in primo luogo, il modello delle *società partecipate*, che si connotano per essere organizzate secondo un assetto compatibile con la disciplina codicistica. Anche l'attività esercitata, avente per oggetto la produzione e lo scambio di beni o servizi, non differisce da quella svolta dalle omologhe società interamente private. Il dato differenziale riposa,

invece, sulla sola natura pubblica del soggetto che assume la qualità di socio (ASTEGLIANO, 2015).

A tal proposito, la Corte di Cassazione ha recentemente affermato che *«una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale; le numerose pronunce che ribadiscono tale principio (per tutte, Cass. S.U. n. 7799/05) trovano fondamento nell'incontestabile rilievo che il rapporto tra società ed ente pubblico è di assoluta autonomia, posto che l'ente può incidere sul funzionamento e sull'attività della società non già attraverso l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti degli organi sociali di sua nomina»*⁵.

Diverso modello di società pubbliche è costituito dalle società *in house* che, in ragione dei requisiti individuati in sede europea (Corte di Giustizia, sentenza Teckal 18 novembre 1999,

⁵ In tali termini, Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209 - Pres. R. Rordorf - Rel. M. Cristiano.

in causa C-107/98) e recepiti in ambito nazionale⁶, si atteggiavano ad “organo esterno” della Pubblica Amministrazione, presentando con essa una connessione così intensa da far discorrere la dottrina di relazione interorganica anziché di rapporto intersoggettivo (ANGIONI - PANI - SANNA, 2014).

Con riferimento a tali società, la prevalente giurisprudenza di legittimità ritiene che non si configuri un vero e proprio soggetto giuridico, difettando il requisito dell’alterità soggettiva rispetto all’Amministrazione pubblica.

In particolare, con segnato riferimento al requisito del “controllo analogo”, la presenza di un potere di ingerenza dell’Amministrazione, così intenso da essere qualitativamente diverso dal rapporto di controllo previsto dall’art. 2359 cod. civ., induce a ravvisare un totale assoggettamento degli organi sociali al potere gerarchico dell’ente pubblico titolare della partecipazione. La società *in house*, pertanto, secondo la prevalente

⁶ In termini, Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283; id., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848; si v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1

giurisprudenza di legittimità, *«non è altro che una longamano della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante in house contract neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (...); di talché l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa».*

Tale conclusione non è condivisa da altra parte della giurisprudenza, seguita forse recentemente dal legislatore delegato, secondo cui *«eventuali norme speciali che siano volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non incidono, infatti, sul modo in cui essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica»* (Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209).

Ulteriore modello di società pubbliche è costituito dalle *società strumentali*, oggetto di numerosi e complessi interventi legislativi nonché di un inquadramento elaborato dalla Corte costituzionale.

La Consulta, infatti, ha affermato che le società strumentali pongono in essere «*attività amministrativa in forma privatistica*», con la conseguenza che «non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza» (sentenza n. 236 del 2008)⁷.

È poi possibile individuare un'ulteriore categoria di società pubbliche, con riferimento a quegli enti cui l'Amministrazione abbia attribuito non solo l'esercizio di attività amministrativa in forma privatistica ma l'esercizio di vere e proprie funzioni pubbliche, società per definire le quali le Sezioni Unite hanno

⁷ Sulla qualificazione delle società strumentali è intervenuto anche il Consiglio di Stato, con sentenza della Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012. In particolare, sono state individuate «*tre principali condizioni che devono sussistere affinché l'attività in questione sia qualificabile come "strumentale"*: i) il servizio è volto a soddisfare esigenze dell'amministrazione e non è direttamente fruibile dai cittadini; ii) il rischio di gestione è assunto dall'amministrazione affidante; iii) la remunerazione del servizio è a carico dell'amministrazione nell'ambito del rapporto bilaterale con l'appaltatore».

impiegato la nozione di *organo indiretto* della Pubblica Amministrazione⁸.

Si può dunque per il momento affermare, confortati dalla migliore dottrina (CARINGELLA 2016; GAROFOLI-FERRARI 2016; GIOVAGNOLI 2016), che il ricorso ai modelli societari elaborati dal Codice civile costituisca per la Pubblica Amministrazione una scelta organizzativa “neutra”, da riempire di contenuti sulla base delle attività che alle società pubbliche vengono commesse dagli enti controllanti, attività suscettibili di variare dalla produzione o scambio di beni e servizi all’esercizio, in forma privatistica o anche propriamente pubblicistica, di attività amministrativa.

Uno spettro così ampio di attività, attribuite ad enti che secondo il modello codicistico sono società commerciali, non può non avere rilevanza in ordine allo specifico problema

⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 29 dicembre 1990, n.12221, Soc. Mededil c. Soc. Sincies Chiementin. La Suprema Corte ha affermato che «*Gli atti emessi da una società concessionaria di costruzione di opera pubblica, quando siano rivolti all’esercizio delle pubbliche funzioni trasferite ad essa società dall’amministrazione concedente, hanno carattere di atti amministrativi, ancorché provenienti da un organo indiretto, e sono quindi soggetti ai rimedi giurisdizionali apprestati per questi atti*».

dell'assoggettabilità a procedure concorsuali. Tale approccio, patrocinato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa e da parte della dottrina, non è tuttavia condiviso, sia pure con una diversità di toni, da parte della giurisprudenza di legittimità, che si affida ad un criterio di matrice strettamente tipologica.

3. Il pendolo tra diritto comune e regimi speciali.

La tendenza del legislatore ad introdurre elementi di specialità incidenti sul *tipo* società per azioni è remota nel tempo. Tra gli interventi principali e più risalenti emerge infatti la legge 10 agosto 1893, n. 449, con cui venne istituita la Banca d'Italia come società anonima di diritto speciale⁹.

⁹ Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica non è nuovo nel nostro ordinamento: il codice civile del 1942 già dettava, agli artt. 2458, 2459 e 2460 c.c., le disposizioni applicabili, in tema di nomina e revoca degli amministratori e dei sindaci, alle "società con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici (ed a quelle il cui atto costitutivo prevedesse, pur in mancanza di una partecipazione azionaria, che la nomina di uno o più amministratori e sindaci spettasse alla P.A.) ma, per lungo tempo, non si è dubitato che si trattasse di società di diritto comune, interamente soggette alla disciplina civilistica (e perciò anche alla legge fallimentare), distinte dagli enti pubblici (economici) aventi ad oggetto esclusivo o

principale un'attività di impresa (art. 2201 c.c.), ma non fallibili ai sensi dell'art. 2221 c.c. ed L. Fall., art. 1, comma 1.

A partire quantomeno dall'ultimo decennio del secolo scorso, il contesto politico-economico di riferimento ha però subito un innegabile mutamento: il progressivo assottigliarsi della linea di confine fra l'agire pubblico e l'agire privato, l'abbandono di una concezione autoritativa della P.A. in favore di una sua concezione funzionale, nella quale i poteri di cui essa è dotata sono intesi come meramente strumentali alla tutela dell'interesse pubblico, il convincimento diffuso che tale interesse possa essere maggiormente garantito attraverso il ricorso ad istituti di diritto comune, indubbiamente più snelli di quelli usualmente a disposizione dell'apparato burocratico, la fiducia nelle capacità del "mercato" di stimolare la competitività, e quindi di regolamentare al meglio anche attività di contenuto economico tipicamente riservate alla pubblica amministrazione, hanno dato luogo alla sempre più diffusa costituzione (al vero e proprio proliferare) di società c.d. pubbliche, a partecipazione integralmente pubblica o mista, pubblica- privata, o sottoposte ad una particolare influenza da parte di enti pubblici, aventi ad oggetto la gestione non solo di beni proprietà pubblica, ma di servizi di interesse pubblico, in precedenza erogati dallo Stato o dagli enti territoriali attraverso aziende municipalizzate.

Non è invece mutato il quadro normativo generale: il legislatore ha ribadito la scelta favorevole alla riconducibilità delle società pubbliche fra quelle di diritto comune sia con il D.Lgs. n. 3 del 2003, di riforma del diritto societario, che ha sostituito agli artt. 2458/60 gli artt. 2449 e 2450 c.c. (quest'ultimo, fra l'altro - relativo all'attribuzione allo Stato o ad altri enti pubblici privi di partecipazione azionaria della facoltà di nomina di amministratori e sindaci - abrogato, a seguito dell'avvio di una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, dal D.L. n. 10 del 2007, art. 3, comma 1, convenuto nella L. n. 46 del 2007), sia col D.Lgs. n. 5 del 2006 di riforma del diritto fallimentare, che non ha modificato il R.D. n. 267 del 1942, art. 1, comma 1. E, come sottolineato da autorevole dottrina, neppure le innumerevoli disposizioni normative speciali che, nel corso

Tale Banca era il risultato dell'aggregazione di banche costituite da capitali totalmente privati e inizialmente svolse le

degli anni, sono state emanate in tema di società pubbliche, costituiscono un corpus unitario, sufficiente a regolamentarne attività e funzionamento ed a modificarne la natura di soggetti di diritto privato, così da sottrarle espressamente alla disciplina civilistica.

La sempre più stretta commistione fra la sfera pubblica e quella privata ha, nel contempo, condotto all'emanazione di numerose leggi speciali applicabili ad enti, società pubbliche e società formalmente private, accomunati dall'agire in settori di pubblico interesse: in questa sede, a mero titolo esemplificativo, si possono citare il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 3, comma 26 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), che definisce organismo pubblico, cui è imposto il rispetto delle norme dettate per gli appalti pubblici, qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale e dotato di personalità giuridica, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico" e la L. n. 241 del 1990, art. 22, come modificato dalla L. n. 15 del 2005, art. 15, che prevede il diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia dei documenti detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse e che, alla lettera e), ricomprende nella nozione di pubblica amministrazione "tutti i soggetti di diritto pubblico ed i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario".

funzioni di istituto di emissione sulla base di una concessione dello Stato, accanto all'ordinaria attività bancaria sia pur circoscritta al novero di operazioni consentite dall'art. 12 della legge n. 449/1893. La legge istitutiva prescriveva altresì una disciplina singolare, con definizione normativa del capitale sociale e sottoposizione dello statuto all'obbligo di approvazione con decreto reale. Il pendolo tra natura privatistica e pubblicistica della Banca d'Italia ha poi oscillato nuovamente in epoca fascista, sino alla pubblicizzazione operata dalla legge bancaria del 1936 (regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito con modificazioni in legge 7 marzo 1938, n. 141)¹⁰.

Negli anni Venti del secolo scorso vennero, d'altra parte, istituite numerose società di diritto speciale (tra le principali l'ATI, Azienda tabacchi italiana, l'EIAR, Ente Italiano per le Audizioni Radiofoniche, l'AGIP).

In anni più recenti, è possibile individuare, tra i molti esempi di società singolari (RIBS, GEPI, RAI), l'Agecontrol S.p.A., in relazione alla quale il legislatore ha chiarito trattarsi di

¹⁰ Clarich, *Le società partecipate dallo Stato tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, 3 ss.

una società per azioni “*con personalità giuridica di diritto pubblico*” (art. 18, comma nove, legge 22 dicembre 1984, n. 887)¹¹.

Il processo di privatizzazione degli enti pubblici economici e degli enti di gestione, risalente agli anni Novanta del secolo scorso, ha ulteriormente aumentato la complessità del fenomeno società pubbliche¹².

La natura giuridica delle società risultanti dal processo di privatizzazione è al centro di un intenso dibattito dottrinale. In

¹¹ Clarich, *loc. ult. cit.*

¹² Il mutamento dei moduli di intervento pubblico nell'economia, sollecitato sia da una rinnovata visione dei rapporti tra Stato e mercato sia da concrete esigenze di bilancio, ha indotto il legislatore degli anni Novanta ad intraprendere un articolato processo di trasformazione degli enti pubblici, che costituivano la base del modello di economia mista vigente in Italia sin dagli anni Trenta del secolo scorso.

Il processo di privatizzazione sostanziale degli enti pubblici economici e degli enti di gestione, la cui trasformazione in società per azioni è stata disposta in via d'urgenza dal decreto legge 11 luglio 1993, n. 333, rinviene il parametro normativo di riferimento nel decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con legge 30 luglio 1994, n. 474.

La trasformazione in società per azioni di enti quali IRI, ENI, INA ed ENEL, con correlativa previsione dei procedimenti di dismissione dei rispettivi pacchetti azionari, ha fatto emergere sin da subito l'esigenza di tutelare gli interessi nazionali essenziali sottesi alle attività delle nuove società legali.

ragione degli intrusivi poteri di cui è *ex lege* investito il Ministero dell'economia e delle finanze, taluni Autori hanno opinato per la natura speciale di tali società, con ciò intendendosi che agli elementi propri della disciplina generale vengono aggiunti elementi differenziali ulteriori¹³.

La dottrina più accorta evidenzia la distinzione tra la nozione di *società speciale* e quella di *società anomala*, per tale intendendosi la società in cui difetta un elemento della fattispecie regolata dalla norma generale. Sono in particolare ascritte a tale categoria le società che, avendo scopi pubblici, sono carenti dello scopo-fine costituito dal lucro (si annoverano in tale ambito la Ristrutturazione Elettronica S.p.A., nonché AGE Control S.p.A.)¹⁴.

È opportuno soggiungere che autorevole dottrina opina nel senso di denominare le società risultanti dai processi di privatizzazione come *società legificate* anziché legali, onde

¹³ Marasà, *Società speciali e società anomale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIX, Roma.

¹⁴ Si segnala in tal senso Ibba, *Le società "legali"*, Torino, 1992.

sottolinearne la preesistenza - sub specie di enti pubblici - alla trasformazione in s.p.a.¹⁵

Per quanto concerne i rapporti tra la disciplina generale e quella speciale prevista per le società partecipate, è interessante rammentare quanto osservato in materia dalla Relazione al Codice civile, giusta la quale “è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici”. Sicché gli elementi di specialità, almeno ad una prima ricognizione, non potrebbero raggiungere un'intensità tale da svuotare sostanzialmente il modello codicistico, non consentendo di ricondurre la società legale al tipo previsto dalla disciplina generale.

4. Il requisito soggettivo del fallimento: tra teoria funzionalista e tipologica.

¹⁵ *Ibba, op. cit.*

Il menzionato art. 1 della legge fallimentare, nell'escludere dal perimetro applicativo della relativa disciplina gli "enti pubblici", è alla base della distinzione tra le teorie tipologica e funzionalista, rilevanti al fine di individuare il fondamento dell'assoggettabilità o meno delle società pubbliche al fallimento.

Secondo l'impostazione tradizionale, il requisito negativo di cui all'art. 1 l.f. è fondato su una valutazione legislativa di "essenzialità" dell'ente pubblico economico, che è in tal modo posto al riparo dall'applicazione *tout court* della disciplina di diritto comune, salvaguardandone l'esistenza anche in caso di incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (TORIELLO, 2016). Le società partecipate, d'altra parte, rappresentano in misura consistente la continuazione con altri mezzi del medesimo fenomeno costituito dagli enti pubblici economici, dopo il compimento del processo di privatizzazione formale.

Secondo l'orientamento tipologico (BASSI, 1969; GALGANO, 1974; ROMAGNOLI, 2006; FIMMANÒ, 2011; SORCI, 2011), dunque, una società commerciale riveste *ipso iure* natura privatistica, a prescindere dalle funzioni ad essa affidate e

dall'intensità del collegamento che la avvicina alla Pubblica Amministrazione.

In una recente sentenza, la Corte di Cassazione afferma la fallibilità delle società pubbliche, a prescindere dalla funzione esercitata, *«non potendosi al contempo disconoscere che il modello societario è andato negli anni assumendo connotati sempre più elastici, sostanzialmente svincolandosi dalla tradizionale alternativa fra causa di lucro e causa mutualistica, sino a divenire un contenitore adattabile a diverse finalità (si pensi, ad es., alle società sportive di cui alla I. n. 91/81), l'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile»*¹⁶.

¹⁶ Così Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209 - Pres. R. Rordorf - Rel. M. Cristiano. In senso conforme: Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, 21991 (parzialmente conforme); Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011; Corte di appello di Napoli, sez. I, 15 luglio 2009.

Nella medesima pronuncia, tuttavia, la Suprema Corte pone implicitamente le basi per il superamento di tale orientamento, ove osserva che ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto: proprio della natura privatistica è lecito dubitare con riferimento ad alcune società che, investite dell'esercizio di pubbliche funzioni e legate alla P.A. da un rapporto di delegazione interorganica, si atteggiavano ad "organo esterno" della Pubblica Amministrazione.

Secondo differente orientamento (RENNA, 1997; MARZUOLI, 2000; NAPOLITANO, 2003; D'ATTORRE, 2007; ID., 2009; ID., 2013) di matrice funzionalistica, la questione dell'assoggettabilità a fallimento delle società partecipate deve essere risolta sulla base delle funzioni attribuite alle medesime, non essendo appagante il criterio della mera appartenenza ad un tipo codicistico¹⁷.

¹⁷ Hanno escluso l'assoggettabilità al fallimento delle società pubbliche le seguenti recenti pronunce: Tribunale di S. Maria Capua Vetere, sez. III, 22 luglio 2009, n. 52; Corte d'appello di Torino, sez. I, 15 febbraio 2010; Trib. Patti, 6 marzo 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010.

Tale indirizzo è confortato dalle più recenti pronunce del Giudice amministrativo, ad avviso del quale *«Nell'ambito delle società pubbliche occorre distinguere le società che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa. Le prime sono assoggettate, in linea di principio, allo statuto privatistico dell'imprenditore, le seconde allo statuto pubblicistico della pubblica amministrazione. Per stabilire quando ricorre l'una o l'altra ipotesi, occorre aver riguardo: i) alle modalità di*

Contra, l'impostazione funzionalistica è recisamente rifiutata da Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209, ove si afferma che «Il fallimento della partecipata, ancorché, in ipotesi, costituita all'unico scopo di gestire un determinato servizio pubblico, non preclude dunque all'ente locale, rimasto proprietario dei beni necessari all'esercizio di quel servizio, di affidarne la gestione ad un nuovo soggetto. Infine, il pericolo derivante dal rischio di interruzione del servizio, per il tempo necessario all'ente locale ad affidarlo ad un nuovo gestore, può essere evitato attraverso il ricorso all'istituto dell'esercizio provvisorio, previsto dall'art. 104 I. fall.. Va condivisa sul punto la tesi, avanzata in dottrina e seguita anche dalla giurisprudenza di merito, secondo cui nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in presenza del quale autorizzare l'esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita».

costituzione; ii) alla fase dell'organizzazione; iii) alla natura dell'attività svolta; iv) al fine perseguito»¹⁸.

Proprio a partire da tale orientamento del Consiglio di Stato è possibile superare la bipartizione tra teoria tipologica e funzionalista, atteso che, con riferimento alle società pubbliche e per effetto determinante del diritto europeo, *è proprio la funzione che fa il tipo.*

L'art. 1 della legge fallimentare, allorché esenta gli enti pubblici dalle procedure concorsuali, può dunque essere interpretato attraverso il prisma di quella che il Consiglio di Stato ha denominato nozione “funzionale” e “cangiante” di ente pubblico, tale da ricomprendere quelle società che, in ragione delle funzioni esercitate e dei legami con la Pubblica Amministrazione, sono da considerarsi “organi indiretti” della medesima.

5. L'adesione della Corte di Cassazione alla prospettiva tipologica.

¹⁸ Consiglio di Stato Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122 - Pres. Severini, Est. Lopilato.

Sul dibattito concernente la prospettiva di fondo da cui riguardare il fenomeno delle società pubbliche ha notevolmente inciso un'importante pronuncia delle Sezioni Unite, che ha mostrato di aderire - sulla base di una complessiva ricostruzione giurisprudenziale e normativa - alla tesi tipologica, ancor prima dell'introduzione del Testo Unico¹⁹.

In materia fallimentare, evidenzia la Cassazione con la menzionata pronuncia, si è avuto più volte occasione di affermare che una società per azioni il cui statuto non evidenzi poteri speciali di influenza ed ingerenza dell'azionista pubblico, ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto societario, ed il cui oggetto sociale non contempra attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo, invece, attività di impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato, non perde la sua qualità di soggetto privato - e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale fallibile - per il fatto

¹⁹ Si allude a Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Fallimento*, 2014, 33 ss., con nota di Salvato, *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*.

che essa, partecipata da un comune, svolga anche funzioni amministrative e fiscali di competenza di quest'ultimo (Cass. n. 21991/01 2).

Nel contesto frammentario e multiforme che connota il fenomeno delle società pubbliche si è tuttavia fatta strada la tesi, di recente avanzata anche nella giurisprudenza di merito, che vi sono società partecipate aventi sostanziale natura giuridica pubblica, desumibile in via interpretativa da taluni indici (in linea di massima, e di volta in volta, ravvisati in limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari, nell'esclusiva titolarità pubblica del capitale, nell'ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti dallo stato, nell'erogazione di risorse pubbliche per il raggiungimento dello scopo), le quali vanno equiparate ad ogni effetto (e dunque anche ai fini della loro esenzione dal fallimento) agli enti pubblici.

Secondo la Suprema Corte tale tesi mal si concilia con la perdurante vigenza del principio generale stabilito dalla L. n. 70 del 1975, art. 4, che, nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, evidentemente richiede che la qualità di ente pubblico, se non

attribuita da una espressa disposizione di legge, debba quantomeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco.

Essa, peraltro, non può essere condivisa alla luce di un'analisi del fenomeno societario nelle diverse fasi che lo caratterizzano. Va in primo luogo escluso che peculiarità, tali da giustificare l'equiparazione ad un ente pubblico di società a partecipazione pubblica, si rinvenivano sul piano del soggetto, ossia dell'ente giuridico "società", e del modo in cui sono disciplinati la sua organizzazione ed il suo funzionamento, e i rapporti esistenti, al suo interno, fra i diversi organi che vi operano.

E ciò vale anche nel caso in cui norme legislative o statutarie pongano limiti alla autonomia degli organi deliberativi, posto che la volontà negoziale della società pubblica, pur se determinata da atti propedeutici dell'amministrazione, si forma e si manifesta secondo le regole del diritto privato.

Ad analoga conclusione deve giungersi avuto riguardo al piano dell'attività, cioè dei rapporti che la società, in quanto soggetto riconosciuto dall'ordinamento come dotato di una

propria capacità giuridica e di agire, instaura con i terzi. Eventuali norme speciali che siano volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non incidono, infatti, sul modo in cui essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica.

Il discorso è indubbiamente più delicato quando si passa ad esaminare il piano della funzione, ossia dello scopo per il cui perseguimento la società è costituita ed agisce, non potendosi tacere che nell'operare di talune società pubbliche, in specie di quelle affidatane di pubblici servizi, non è sempre dato ravvisare quell'attività economica a scopo di lucro che l'art. 2247 c.c., tuttora indica come elemento caratteristico di ogni società di capitali.

Ma, non potendosi al contempo disconoscere che il modello societario è andato negli anni assumendo connotati sempre più elastici, sostanzialmente svincolandosi dalla tradizionale alternativa fra causa di lucro e causa mutualistica, sino a divenire un contenitore adattabile a diverse finalità (si pensi, ad es., alle società sportive di cui alla L. n. 91 del 1981), l'eventuale

divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile.

Alla stregua delle considerazioni svolte, si deve ritenere, secondo la Suprema Corte, che non è possibile enucleare, in via descrittiva, uno statuto unitario delle società in mano pubblica, le quali (come può accadere anche a società a capitale interamente privato) sono assoggettate alle normative pubblicistiche nei settori di attività in cui assume rilievo la natura pubblica dell'interesse perseguito, da realizzare attraverso disponibilità finanziarie pubbliche, senza che per questo possa predicarsene l'appartenenza ad un *tertium genus*, qualificabile come società-ente, sottratto in toto al diritto comune.

Ciò che non può condividersi è invece il corollario che gli assertori della teoria funzionale intendono trarre, che si sostanzia nell'affermazione che la verifica dell'applicabilità alle società in mano pubblica di discipline di settore pubblico o privato, in difetto di specifiche disposizioni normative, va compiuta di volta

in volta, a seconda della materia di riferimento ed in vista degli interessi tutelati dal legislatore. In tale ottica, per venire al tema che in questa sede interessa, non potrebbero essere dichiarate fallite le società partecipate aventi carattere necessario per l'ente territoriale, ovvero quelle che svolgono un servizio pubblico essenziale, la cui esecuzione continuativa e regolare verrebbe ad essere pregiudicata dalla dichiarazione di fallimento.

La prima, facile, obiezione che può muoversi a tale assunto è che ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto: se così non fosse, seguendo fino in fondo la tesi, si dovrebbe giungere alla conclusione che anche le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale sarebbero esentate dal fallimento. Neppure è persuasivo l'argomento che, dalla necessità del servizio pubblico gestito, vorrebbe far derivare la necessità del soggetto privato che lo eroga, con conseguente sua esenzione dal fallimento²⁰.

²⁰ Va intanto ricordato che il D.L. n. 134 del 2008, convertito dalla L. n. 166 del 2008, detta norme specifiche in materia di ristrutturazione industriale

Infine, il pericolo derivante dal rischio di interruzione del servizio, per il tempo necessario all'ente locale ad affidarlo ad un nuovo gestore, può essere evitato attraverso il ricorso all'istituto dell'esercizio provvisorio, previsto dalla L. Fall., art. 104.

Va secondo la Suprema Corte condivisa sul punto la tesi, avanzata in dottrina e seguita anche dalla giurisprudenza di merito, alla cui stregua nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in

di grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, proprio al fine di assicurare che questi non subiscano interruzioni, ma non esclude che tali imprese siano sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria.

Risulterebbe pertanto privo di coerenza un sistema che, per contro, esonera dalla procedura concorsuale ordinaria i gestori di servizi pubblici essenziali che non raggiungono le soglie dimensionali necessarie per accedere a quella di amministrazione straordinaria. Venendo, più specificamente al tema delle società partecipate da enti locali, la complessa disciplina ricavabile dal D.Lgs. n. 267 del 2008, artt. 112 e 118 (T.U.E.L.) e dalle successive leggi di modifica e/o di integrazione mantiene fermo il principio della separatezza fra titolarità degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici (che devono restare di proprietà degli enti, salvo che questi non li conferiscano a società a capitale interamente pubblico e incredibile) e attività di erogazione dei servizi, che può essere affidata anche a soggetti privati (L. n. 138 del 2011, art. 4, comma 28). Il fallimento della partecipata, ancorché, in ipotesi, costituita all'unico scopo di gestire un determinato servizio pubblico, non preclude dunque all'ente locale, rimasto proprietario dei beni necessari all'esercizio di quel servizio, di affidarne la gestione ad un nuovo soggetto.

presenza del quale autorizzare l'esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita. Né si comprende sotto quale profilo l'autorizzazione alla continuazione temporanea dell'esercizio dovrebbe comportare una inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa, che aveva in precedenza scelto il soggetto cui affidare la gestione e che continuerebbe ad intrattenere con questo, per la durata dell'esercizio, i medesimi rapporti che vi intratteneva prima della dichiarazione di fallimento.

Deve dunque concludersi, secondo quanto è stato correttamente rilevato in dottrina²¹, che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico - comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di

²¹ *Inter alia*, Codazzi, *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 74 ss.

uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità.

6. La discussa fallibilità della società *in house*.

Alle società partecipate, aventi per oggetto la produzione e lo scambio di beni e servizi in assetto concorrenziale, ben si attaglia il condivisibile *dictum* della Corte di Cassazione, secondo cui «*la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque a perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico - comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e dell'affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto*

*delle regole della concorrenza che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e le stesse modalità*²².

Correlativamente, pochi dubbi si appuntano sulla sottrazione al fallimento dei c.d. “enti pubblici in forma societaria” (CARINGELLA, 2016), tra cui *ex pluribus* Anas S.p.A., che esercitano propriamente funzioni pubbliche e non attività economica: per tali enti difetterebbe, in ogni caso, il requisito oggettivo del fallimento.

Con riferimento, invece, alle società *in house*, dottrina e giurisprudenza appaiono divise tra un orientamento che fa leva sulla non alterità della società rispetto alla Pubblica Amministrazione²³ ed un altro orientamento che, al contrario, si fonda sul principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria,

²² Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209.

²³ In tal senso, Corte App. L'Aquila, sent. 2.3.2015, n. 304; Trib. Verona, sent. 19.12.2013, n. 651; Trib. Napoli sent. 9.1.2014, n. 1097; Trib. Nola, sent. 30.1.2014.

iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica²⁴.

La questione problematica si pone proprio in ragione dei connotati strutturali delle società *in house*²⁵: la giurisprudenza di legittimità, nell'affermare in generale la fallibilità delle società pubbliche, statuisce che l'applicazione del diritto comune trova «fondamento nell'incontestabile rilievo che il rapporto tra società ed ente pubblico è di assoluta autonomia»²⁶; inoltre «una società per azioni il cui statuto non evidenzia poteri speciali di influenza ed

²⁴ In tal senso si è espresso il Tribunale di Modena, decreto 10.1.2014. Analogamente, il Tribunale di Palermo, con sentenza del 13 ottobre 2014, ha statuito che le società costituite secondo i tipi codicistici ed aventi per oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili alle procedure concorsuali a prescindere dall'effettivo esercizio di tale attività, atteso che è lo statuto sociale a rilevare in ordine all'assunzione della qualità di imprenditore. Nel medesimo senso, Corte App. Napoli, 27.5.2013, n. 346, 24.4.2013, 15.7.2009; Trib. Palermo, 11.2.2010; Trib. Velletri 8.3.2010; Trib. Pescara 1.4.2014.

²⁵ La giurisprudenza europea ha indicato, quali requisiti necessari ai fini della configurazione dell'*in house*: i) la partecipazione interamente pubblica; ii) l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; iii) lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

²⁶ Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209.

ingerenza dell'azionista pubblico, ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto societario, ed il cui oggetto sociale non contempra attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo, invece, attività di impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato, non perde la sua qualità di soggetto privato – e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale fallibile - per il fatto che essa, partecipata da un comune, svolga anche funzioni amministrative e fiscali di competenza di quest'ultimo» (Cass. n. 21991/2012).

L'autonomia di cui discorre la Suprema Corte, fondata sull'assenza di poteri di influenza e ingerenza ulteriori rispetto a quelli riconosciuti dal diritto societario, è all'evidenza difettante nelle società *in house*, le quali contemplan invece l'elemento costitutivo del "controllo analogo"²⁷. Proprio il requisito del

²⁷ La Corte di Giustizia ha poi precisato che il controllo analogo deve consistere nella possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un'*influenza determinante* sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria e che il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere effettivo, strutturale e funzionale (si veda la sentenza Econord, C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, punto 27).

“controllo analogo” è interpretato dalla giurisprudenza nazionale ed europea come la combinazione della dipendenza formale, economica e amministrativa, tale da far apparire la società *in house* come “*longa manus*” della Pubblica Amministrazione (SALERNO, 2016). D’altra parte, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, soltanto un tale rapporto di sostanziale delegazione interorganica giustificerebbe per le società *in house* l’affidamento diretto di commesse pubbliche, in deroga alla regola generale della gara ad evidenza pubblica²⁸ (URSO, 2006; CAPACCI, 2007; PIPERATA, 2008; GAETA, 2012).

Ulteriore argomento valorizzato dall’opzione interpretativa favorevole ad estendere l’applicabilità della disciplina concorsuale anche alle società *in house* si fonda sulla circostanza che tali società, nonostante la peculiare *governance*, si pongono nei rapporti con i terzi come soggetti imprenditoriali non diversi dagli

²⁸ *Ex pluribus*, Corte Ce 11 maggio 2006, C-340/04; Corte Giust., 12 dicembre 2002, C-470/99; Corte Giust. 10 aprile 2008, C-323/07; Corte Giust. Sent. 29 novembre 2012, n. 182; Corte Giust. 19 giugno 2014, n. 574.

altri operatori commerciali e dunque a rischio di insolvenza²⁹. Escludere le *società in house* dal novero delle imprese fallibili equivarrebbe, dunque, secondo tale orientamento a violare i principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto, attesa la necessità del rispetto delle regole di concorrenza, che impone la parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità.

Tale argomento, tuttavia, non si attaglia ad un elemento strutturale delle società *in house*, costituito dal c.d. asservimento funzionale o dedizione prevalente ai bisogni dell'ente pubblico (CARINGELLA, 2016; GAROFOLI-FERRARI, 2016).

Alla stregua del menzionato requisito, enucleato dalla giurisprudenza europea, la società *in house* deve svolgere la “*parte più importante*” della propria attività nei confronti dell'ente pubblico (così nella già menzionata sentenza Teckal, 18 novembre 1999, C-107/98, e nella sentenza Stadt Halle, 11 gennaio 2005, C-26/03); la Corte di Lussemburgo, ad ulteriore chiarimento di tale

²⁹ In tali termini il Tribunale di Reggio Emilia, sent. 18.12.2014, n. 150.

requisito, ha precisato che la società *in house* deve essere “sostanzialmente destinata in via esclusiva all’ente locale in questione” (Corte Giust. Ce, sent. Carbotermo, 11 maggio 2006, C-340/04, punto 62)³⁰.

Si può ritenere, dunque, che l’argomento facente leva, nel sostenere l’applicabilità della disciplina fallimentare, sul coinvolgimento del mercato nell’attività delle società *in house* è distonico rispetto all’esclusiva destinazione di tali enti alla Pubblica Amministrazione controllante.

Tale considerazione mantiene la sua validità anche a fronte del disposto dell’art. 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, il quale, nel disciplinare le società *in house* in attuazione della normativa europea, stabilisce che i relativi statuti devono prevedere che oltre

³⁰ Il punto 63 della medesima sentenza rileva che il requisito dell’asservimento funzionale sussiste “solo se l’attività di detta impresa è principalmente destinata all’ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale”.

Nel medesimo senso, nella giurisprudenza interna si segnala, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in Foro amm., CDS 2009, 4, 1080, ove si sostiene la necessità che la società *in house* svolga i suoi compiti in via sostanzialmente esclusiva nei confronti dell’Amministrazione a monte.

l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo *a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.*

Ulteriore argomento valorizzato ai fini dell'estensione della disciplina concorsuale alle società *in house* viene tratto dall'art. 4 l. 20 marzo 1975, n. 70, secondo cui “*nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*”. Può rilevarsi, tuttavia, che la società *in house* non dà luogo ad un “nuovo” ente pubblico, ma ad un'articolazione, una modalità organizzatoria del medesimo ente che la costituisce e controlla, potendo essere - come ripetutamente affermato in dottrina - assimilata ad un suo organo.

L'assoggettabilità al fallimento apparirebbe da ultimo non coerente con la reiterata affermazione della giurisdizione contabile a fronte della *mala gestio* degli amministratori di una *società in house*, fondata proprio sulla considerazione che tale società non è un soggetto distinto dall'ente pubblico, ma una mera

articolazione interna del medesimo (SALVAGO, 2009; SINISI, 2010; TORCHIA, 2012; DEL GATTO, 2014)³¹. Non sussiste, di conseguenza, una distinzione tra i relativi patrimoni e gli amministratori della società altro non sarebbero che organi dell'ente, ad esso legati da un rapporto di servizio e, dunque, assoggettabili alla responsabilità amministrativa.

Con riguardo alle società *in house*, a differenza delle altre società partecipate, la *mala gestio* degli amministratori provoca quindi un danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico di riferimento. In tal modo, valorizzando l'assenza di una sostanziale alterità soggettiva, la Suprema Corte supera il diaframma

³¹ In tal senso, Cass., sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20940 e n. 20941; Cass., sez. un., 15 gennaio 2010 n. 519; 23 febbraio 2010, n. 4309; 9 aprile 2010, n. 8429; 9 maggio 2011, n. 14655; 7 luglio 2011, n. 14957; Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209. Rilevante la massima di tale ultima sentenza: «Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nel caso di azione diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati ad una società *in house* per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi di cui esclusivamente tali enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalentemente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici».

rappresentato dalla presenza di una società di capitali formalmente distinta dalla Pubblica Amministrazione³².

Ciò posto, non si comprende come possa sostenersi, da un lato, che società *in house* e PA sostanzialmente si compenetrano (ammettendosi dunque un danno diretto al patrimonio pubblico in caso di *mala gestio* degli amministratori) e, dall'altro, che tali società si atteggiino come ordinari operatori commerciali esposti a fallimento.

Autorevole dottrina (FIMMANÒ, 2014) offre un'altra ricostruzione dell'assoggettamento delle società *in house* - a differenza delle società meramente partecipate - alla giurisdizione della Corte dei Conti. Si afferma, in particolare, che l'estensione della giurisdizione contabile si fonda sulla *natura oggettivamente pubblica del danno* provocato dalla *mala gestio* degli amministratori, conseguente all'affidamento di un servizio pubblico ad un soggetto esterno, per tal via inserito

³² In tal senso, Corte Conti, sez. giur. Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80; Corte Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; Corte Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327.

nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico a prescindere dalla sua qualificazione soggettiva.

Non si vede tuttavia come tale ricostruzione sia compatibile con l'ordito motivazionale di quella giurisprudenza che afferma la sussistenza della giurisdizione contabile sulla base dell'assenza di alterità soggettiva tra ente pubblico e società *in house*, per cui «è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità» (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. 25 novembre 2013, n. 26283).

D'altra parte, l'esplicito riferimento recato alle società *in house* dalla Relazione del Presidente Rordorf, preso in considerazione nel primo paragrafo, se è espressione di un chiaro orientamento della Commissione - ed a prescindere dalla successiva vicenda parlamentare del disegno di legge delega sulla riforma delle procedure concorsuali - deve essere tuttavia confrontato con il parametro normativo ed il formante giurisprudenziale, anche europei, sì da ritenere il requisito negativo di cui all'art. 1 della legge fallimentare esteso anche alle società *in house*.

L'assimilazione di tali società agli enti pubblici, di cui discorre il menzionato art. 1 l.f., non lascia, peraltro, i creditori privi di ogni tutela, atteso che in caso di insolvenza appare comunque percorribile la strada del ricorso a procedure di liquidazione (SALERNO, 2016). Con la conseguenza che i creditori insoddisfatti possono rivalersi sull'ente pubblico controllante, *ex art. 2495 cod. civ., "fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi"*.

Riferimenti bibliografici

F. BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in Riv. trim. dir. pubbl..

F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Dike giuridica editrice, Roma, 2016.

M.P. CHITI, *La carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 10.

S. CASSESE, *Enti pubblici economici*, in *Nov.mo Dig. It.*, VI, Torino, 1968.

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

G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Il Fallimento*, 2009.

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

F. FIMMANÒ, *La società pubblica anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 10.

F. GALGANO, *Sub art. 1*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1974.

R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Neldiritto editore, Roma, 2016.

C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II.

- C. MARZUOLI, *Tutela del cittadino e «privatizzazione» dell'amministrazione*, in E. Rozo Acuna (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000.
- M. MESCHINO - LALLI A. (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2016.
- G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997.
- G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I.
- G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004.
- S. SALVAGO, *La giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili e a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. Civ.*, 2010, I.
- M. SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di*

giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Foro amm.*, 2010, I.

E. SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011.

L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006.

CAPITOLO II

CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE SECONDO IL DECRETO LEGISLATIVO 19 AGOSTO 2016, N. 175.

SOMMARIO: **1.** I CRITERI DELLA LEGGE DELEGA E LA PRIMA BOZZA DI ARTICOLATO. IL MODELLO DELLE SOCIETÀ BANCARIE; **2.** IL PERIMETRO APPLICATIVO DELL'ART. 14; **3.** I PROGRAMMI DI VALUTAZIONE DEL RISCHIO AZIENDALE; **4.** RESPONSABILITÀ DEI COMPONENTI DEGLI ORGANI DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE.

1. I criteri della legge delega e la prima bozza di articolato. Il modello delle società bancarie.

Sul descritto dibattito, di carattere prettamente dottrinario e giurisprudenziale, inerente la fallibilità delle società pubbliche, si è da ultimo inserito l'art. 14 del decreto attuativo della Riforma Madia che, nell'ambito di un ampio progetto di riforma della

Pubblica Amministrazione, ha disciplinato espressamente la crisi d'impresa delle società pubbliche³³.

³³ È rilevante ripercorrere quanto su tale articolo ha osservato la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, nel parere 21 aprile 2016, n. 968. Nell'esaminare il progetto di decreto legislativo, il Consiglio di Stato riconosce che la questione della fallibilità delle società pubbliche è stata da sempre molto dibattuta.

Tale dibattito nasce dal fatto che l'art. 1 della legge fallimentare dispone che gli enti pubblici non sono assoggettati alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo. L'esclusione, nell'impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici economici, avrebbero finito per incidere sull'esistenza stessa dell'ente stesso. La "essenzialità" dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali.

L'estensione di queste regole, secondo l'orientamento interpretativo prevalente, non poteva operare per le società pubbliche in quanto queste ultime hanno natura privata. Né sarebbe possibile, si sottolineava, una interpretazione analogica della norma in ragione del fatto che, in presenza di una società pubblica, l'essenzialità non poteva ritenersi riferita al soggetto ma all'attività svolta che ben potrebbe essere posta in essere secondo diverse modalità organizzative. In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità» (Cass., sez. un., 27 settembre 2013, 22209).

Tale norma rappresenta il punto d'arrivo di un complesso percorso evolutivo, oscillante tra le esigenze del mercato e la tutela dell'interesse pubblico.

In particolare, le principali preoccupazioni manifestate dalla dottrina anteriormente all'approvazione del Testo Unico si appuntavano sulla necessità che i servizi pubblici essenziali fossero presidiati dal rischio di interruzione del servizio, solo parzialmente attenuabile attraverso le previsioni in materia di esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento³⁴. Un ulteriore pericolo dell'estensione di moduli privatistici veniva segnalato nel potenziale spostamento delle scelte gestionali in una prospettiva

La Commissione si limita a segnalare come l'art. 18, comma 1, lettera i) della legge delega preveda la «possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento». Si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società *in house*.

³⁴ Per un'analisi di come l'esercizio provvisorio dell'impresa possa incidere sull'esigenza di assicurare continuità nell'erogazione dei servizi pubblici essenziali, si veda Codazzi, *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. comm.* 2015, I, 74 ss.

dissonante rispetto al perseguimento delle finalità di interesse generale³⁵.

Anche per far fronte a tali criticità, il testo della legge delega (art. 18, comma 1, lett. *a*) della legge 7 agosto 2015, n. 124) contemplava la possibilità di introdurre deroghe alla disciplina privatistica in materia di crisi d'impresa. Unico limite veniva individuato nel, peraltro molto lato, principio di proporzionalità della disciplina derogatoria rispetto alle specificità del fenomeno da regolare.

A fronte delle possibilità di una diversa modulazione della disciplina, articolata secondo le caratteristiche proprie dei vari tipi di società pubblica, il legislatore delegato ha invece inteso, con l'art. 14 del Testo Unico, stabilire l'applicabilità a tutte le società pubbliche della normativa in materia di fallimento, concordato preventivo e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ove ne ricorrano i presupposti dimensionali.

³⁵ In tal senso, D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in AA. VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, a cura di Fimmanò, Milano, 2011, p. 499.

Tale esito appare senz'altro notevole, anche perché in parte difforme dall'orientamento emerso nel corso dei lavori preparatori e sviluppato in una bozza di articolato, licenziato il 5 dicembre 2015 dai gruppi di lavoro e dalle commissioni ministeriali incaricate di redigere lo schema del decreto³⁶.

L'articolato prevedeva una disciplina espressamente ispirata al modello di gestione delle crisi delle società bancarie, alla cui stregua “in presenza di gravi irregolarità gestionali ovvero di inefficienze non sanate o avviate al superamento con provvedimento degli organi sociali”, il Governo - su proposta di un'Autorità di vigilanza appositamente istituita - avrebbe disposto con decreto l'assoggettamento della società ad amministrazione straordinaria, con nomina di commissari incaricati di rimuovere le irregolarità e le inefficienze gestionali; in caso di crisi irreversibile, invece, la procedura si sarebbe conclusa con la liquidazione coatta amministrativa della società.

³⁶ Si veda Guizzi - Rossi, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli - Zoppini, 595 ss.

Tale progetto era significativamente orientato ad estendere alle società pubbliche istituti concepiti con riferimento al coinvolgimento di interessi generali nella crisi d'impresa. Di particolare rilievo, in tale contesto, l'applicazione della liquidazione coatta amministrativa, che costituisce l'istituto applicabile agli *enti pubblici insolventi ex art. 15* del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con legge 15 luglio 2011, n. 111.

Il legislatore delegato non ha inteso percorrere la strada divisata dall'articolato del 5 dicembre 2015, invero di complessa attuazione (attesa la prospettata istituzione di un'apposita Autorità amministrativa indipendente), optando invece per l'unitaria riconduzione di tutte le società pubbliche alla disciplina privatistica.

2. Il perimetro applicativo dell'art. 14.

Il comma primo dell'art. 14 articolo stabilisce significativamente che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in

materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

Una prima questione problematica si pone con riferimento al perimetro applicativo della disposizione, che fa riferimento alle “*società a partecipazione pubblica*”. Tali società sono definite dall’art. 2, comma 1, lett. o) del medesimo decreto, che le individua nelle società a controllo pubblico, nonché nelle altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico.

A sua volta, il requisito del controllo pubblico è definito dalla lettera b) del citato art. 2, come «*la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*». Mentre per “partecipazione”, alla stregua della lettera f), si intende «*la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società*

o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi».

Da quanto esposto emerge che l'art. 14, allorché discorre di società a partecipazione pubblica, fa riferimento ad una nozione di partecipazione e, soprattutto, di controllo prettamente privatistica, resa palese dall'espresso richiamo dell'art. 2359 cod. civ..

Tale nozione non appare *prima facie* compatibile con il requisito del controllo analogo richiesto per le società *in house*, controllo che deve implicare, come illustrato *supra*, un potere di ingerenza dell'ente pubblico così intenso da annullare la distinzione soggettiva tra PA e società e consentire l'instaurazione di una relazione di delegazione interorganica.

D'altra parte, la definizione di società *in house* è fornita dalla lettera o) del medesimo art. 2, che distingue la nozione di controllo privatistico da quello che connota «*le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto*».

Di conseguenza, a differenza da quanto sostenuto da quella dottrina che per prima ha commentato la nuova disciplina delle società pubbliche (DI NUNZIO - DE CARLO, 2016), deve ritenersi

che permangano margini di dubbio sulla riconduzione delle società *in house* nell'alveo applicativo dell'art. 14, e dunque per esse ancora appaiono valere gli argomenti esaminati nel capitolo ad esse dedicato.

3. Le misure di prevenzione dell'aggravamento delle crisi d'impresa. La disciplina.

L'14 non si limita a prevedere, *ex post* rispetto ad una situazione di insolvenza della società partecipata, l'assoggettabilità alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo. Il legislatore delegato introduce, analogamente a quanto previsto dalla legge delega sulla riforma delle procedure concorsuali, una disciplina specifica dedicata alle misure idonee ad evitare *ex ante* che situazioni di sofferenza esitino in una vera e propria insolvenza.

L'art. 14, comma 2, del decreto attuativo dispone dunque che qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 3, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo

pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

Nel caso in cui la crisi della società partecipata sia degenerata in una vera e propria insolvenza, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile.

Il legislatore delegato precisa altresì che non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte.

Si precisa altresì che le amministrazioni inserite nell'elenco Istat, di cui all'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre

2009, n. 196 (ossia gli organismi pubblici, le istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica e controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche), non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-*ter* del codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Restano, in ogni caso, consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al periodo precedente, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5 del decreto attuativo, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

Inoltre, al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi, altrimenti preclusi, di aumento del capitale, trasferimento straordinario, apertura di credito, rilascio di garanzie a favore delle società partecipate.

Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 14 prevede significativamente che nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

4. I programmi di valutazione del rischio aziendale.

Profili problematici.

L'art. 14 del Testo Unico, nel disciplinare la crisi d'impresa delle società partecipate, fa espresso rinvio ai programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale di cui discorre l'art. 6 del medesimo decreto legislativo, avente per oggetto i principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico. Con tale previsione vengono disciplinati gli strumenti di governo societario volti a perseguire obiettivi di *best practice* nella gestione delle società in mano pubblica.

L'art. 6 dispone, pertanto, che le società soggette al controllo pubblico adottino, con deliberazione assembleare, su proposta dell'organo amministrativo, specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale.

La disciplina di tali programmi rientra nell'alveo della gestione e prevenzione del rischio, disciplinata all'art. 2428 c.c., ove si prevede, al comma 1, che la *Relazione sulla gestione* deve indicare i principali rischi ed incertezze cui la società è esposta, e al comma 3, n. 6-*bis*, l'obbligo di una descrizione di maggiore dettaglio per ciò che concerne il rischio cui è esposta la società che

ricorra agli strumenti finanziari, con specificazione del rischio di prezzo, del rischio di credito, del rischio di liquidità e del rischio di variazioni di flussi finanziari.

Rispetto alla disciplina privatistica, il TU si differenzia per l'individuazione di un dovere di programmazione del rischio che concerne la crisi aziendale.

Da questi elementi si evince che il rischio da valutare è quello complessivo della stessa *conservazione* dell'impresa sul mercato, consistente quindi nel venir meno della continuità aziendale. Di tali programmi deve essere dato conto nella relazione sul governo societario che le società controllate predispongono annualmente, a chiusura dell'esercizio sociale e pubblicano contestualmente al bilancio d'esercizio.

Secondo la più avvertita dottrina, i programmi di valutazione devono identificare, analizzare e misurare i rischi cui l'attività è esposta, nonché controllarne l'emersione, avuto riguardo sia al profilo tipologico di tali rischi sia al profilo quantitativo³⁷.

³⁷ Guizzi – Rossi, La crisi di società a partecipazione pubblica, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli – Zoppini, 60.

I programmi di valutazione sono dunque volti ad integrare il sistema dei presidi organizzativi tesi a rilevare e dunque valutare gli esiti dell'attività di impresa, nonché la consistenza del patrimonio della società³⁸.

In tal senso, per riempire di contenuto la previsione in commento, può essere utile il riferimento al *Codice di autodisciplina di Borsa Italiana* (nella versione del luglio 2015), il cui principio 7.1. prevede che “Ogni emittente si dota di un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi costruito dall'insieme delle regole, delle procedure, e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi. Tale sistema è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall'emittente e tiene in adeguata considerazione i modelli di riferimento e le *best practices* esistenti in ambito nazionale e internazionale”.

³⁸ Si veda sul punto Montalenti, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *RDS*, 2011, I, 820 ss.

Il legislatore delegato ha altresì sancito espressamente l'obbligo per gli amministratori di dare conto, nella relazione sulla gestione, delle determinazioni (positive o eventualmente negative) adottate in sede di ottemperanza alle prescrizioni dell'art. 6³⁹.

Emerge dunque evidente il collegamento tra i programmi di valutazione del rischio aziendale di cui discorre l'art. 6 e la disciplina della crisi d'impresa racchiusa nell'articolo 14, allorquando prevede che, qualora affiorino, nel programma di valutazione del rischio di crisi aziendale, uno o molteplici indicatori di una potenziale crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico debba adottare, senza alcun indugio, tutti i provvedimenti necessari per impedire l'aggravamento della crisi, per limitarne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

Si introducono, in tal modo, nell'ordinamento giuridico, strumenti e procedure, di natura preventiva, adatti a monitorare lo stato di salute della società, con lo scopo di far emergere

³⁹ LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico in federalismi.it*

eventuali patologie prima che si giunga a una situazione di crisi irreversibile.

La norma anticipa l'adozione obbligatoria di "*procedure di allerta*", che dovrebbero essere estese a tutte le imprese suscettibili di fallimento, se sarà approvata l'annunciata riforma generale della disciplina delle procedure concorsuali. È quindi probabile che, da qui a qualche tempo, la disposizione in esame finisca per essere assorbita in una disciplina di applicazione generale. Al momento si tratta, comunque, di un'anticipazione opportuna e di notevole importanza, non solo in termini di sistema, ma anche per la specifica rilevanza e "pericolosità" economica che si è spesso collegata a situazioni di crisi aziendale di società in mano pubblica (LIBERTINI).

A differenza di quanto dovrebbe essere previsto nell'annunciata riforma, le procedure di allerta delle società pubbliche non prevedono fasi di deferimento obbligatorio del problema ad organismi di composizione delle crisi.

Coordinando la disciplina di cui all'art. 6 con le specifiche previsioni in materia di crisi d'impresa, può dunque ritenersi che:

(i) all'insorgere dei segnali di crisi, l'organo amministrativo ha il

dovere immediato di adottare un adeguato piano di risanamento; (ii) il piano di risanamento non può limitarsi alla previsione di un intervento finanziario del socio a copertura delle perdite, a meno che tale intervento sia inserito in un idoneo piano complessivo di ristrutturazione aziendale; (iii) la mancata adozione dei provvedimenti di cui ai punti precedenti costituisce “grave irregolarità” ai sensi dell’art. 2409 c.c.

Deve tuttavia considerarsi come il perimetro della crisi aziendale cui alludono gli artt. 6 e 14 non sembra coincidere, come rileva autorevole dottrina, con quello invalso nel diritto fallimentare⁴⁰.

La sovrapposizione tra le due nozioni potrebbe infatti precludere il conseguimento delle finalità cui tendono i programmi di valutazione del rischio. Ciò si ricava dalla considerazione che i piani di risanamento, cui gli amministratori sono obbligati a dar corso ai primi sintomi di crisi aziendale, devono essere preordinati a prevenire l’aggravamento della crisi,

⁴⁰ Guizzi - Rossi, *op. cit.*, 605 s.

correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, come dispone l'art. 14, comma 2, del Testo Unico.

La crisi d'impresa, in tale ottica, dovrebbe dunque coincidere con situazioni di disequilibrio economico, patrimoniale e finanziario che - pur non determinando una situazione di irreversibile incapacità di soddisfare le obbligazioni della società con mezzi ordinari - raccomandino, e finanche impongano, l'adozione di opportuni provvedimenti di correzione da parte degli amministratori⁴¹.

Il dato testuale è sufficientemente chiaro per ciò che riguarda la competenza all'adozione degli atti e programmi previsti dall'art. 6: questa competenza è chiaramente attribuita all'organo amministrativo e non all'assemblea⁴². Già per i programmi di allerta, nel comma 2 dell'art. 6, si dice che l'assemblea deve essere semplicemente "informata", nell'ambito della relazione sulla gestione. Lo stesso vale, in sostanza, anche

⁴¹ In senso analogo sembra orientarsi Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1207.

⁴² Donativi, *op. cit.*, 1208.

per gli atti e programmi elencati nel comma 3: per questi è previsto che la società debba *“valutare l’opportunità di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative, gli strumenti di governo societario”* con una serie di regolamenti e atti di organizzazione; ed è previsto poi che gli amministratori debbano dare conto, nella relazione sulla gestione, delle soluzioni, positive o negative, da loro adottate e delle ragioni giustificative delle decisioni prese. È dunque chiaro che si tratta, comunque, di decisioni dell’organo amministrativo.

In ogni caso, si deve sottolineare che per tutte le fattispecie, comprese quelle in cui la volontà legislativa è espressa nella forma attenuata della direttiva, si crea una situazione di doverosità in capo all’organo amministrativo della società destinataria delle disposizioni in esame. In altri termini, la società ha l’obbligo di valutare l’opportunità di adottare gli “strumenti” di cui si tratta e può legittimamente decidere di non adottarli solo con deliberazione adeguatamente motivata.

La normativa in esame pone dunque un duplice problema di determinazione dei rimedi (non espressamente previsti nell’articolo in esame): (i) nel caso in cui gli atti e i programmi,

indicati come doverosi dalla legge, non vengano adottati dalla società (o siano palesemente inadeguati rispetto allo scopo della norma; o siano palesemente insufficienti le motivazioni addotte per non dar corso alle prescrizioni di cui al comma 3 dell'art. 6);
(ii) nel caso in cui gli atti e i programmi siano regolarmente adottati, ma vengano poi disattesi nella pratica operativa della società.

Per quanto concerne i rimedi adottabili in caso di mancata attuazione dei programmi, la via maestra dovrebbe essere costituita dall'azione di vigilanza amministrativa sulle società pubbliche, prevista dall'art. 15 del T.U. È questa, però, una parte ancora debole della disciplina delle società pubbliche: la vigilanza è infatti prevista in capo al M.E.F. ma non è data una chiara copertura organizzativa, né sono attribuiti, al futuro organo di vigilanza, poteri sanzionatori ben definiti (ma solo un vago potere di fornire "orientamenti e indicazioni", che potrebbe anche essere interpretato nel senso dell'attribuzione di un potere di indirizzo e regolamentare; ma è dubbio che una tale soluzione sia accolta - ammesso che ci sia la volontà di affermarla, da parte del M.E.F. - in sede giudiziaria).

Più efficace appare, in prospettiva, la possibilità di attivare il controllo giudiziario. Com'è noto, il rimedio ex art. 2409 è stato rivitalizzato dal T.U. (art. 13), che è tornato a prevederlo anche per le s.r.l. Inoltre, è interessante notare che l'art. 14, comma 3, dispone espressamente che l'eventuale inottemperanza ai programmi di allerta costituisca di per sé "grave irregolarità" ai sensi dell'art. 2409 c.c.; ciò consente anche di ipotizzare una ragionevole estensione analogica di tale previsione, sì da applicarla tendenzialmente in tutti i casi di inottemperanza alle disposizioni dell'art. 6, commi 2-510.

La stessa attivazione della procedura ex art. 2409 presenta però dei limiti operativi, in quanto il legislatore non ha voluto estendere la legittimazione del P.M. ad avviare la procedura (legittimazione che rimane quindi ancora confinata alle società quotate, ai sensi dell'art. 2409, comma 7, c.c.). È vero che la legittimazione alla denuncia è stata estesa a qualsiasi socio pubblico, anche se titolare di una partecipazione inferiore al minimo del 10% di cui all'art. 2409, comma 1; ma la stessa estensione non è stata prevista per eventuali soci privati di

minoranza, e in ogni caso non può ritenersi probabile un impiego frequente di questa previsione normativa.

Rimane, infine, la possibilità di denuncia al collegio sindacale e di attivazione della procedura da parte dell'organo di controllo, come pure la possibilità dell'esercizio di un'azione di responsabilità contro gli amministratori.

5. Responsabilità dei componenti degli organi delle società partecipate.

L'art. 12 del Testo Unico stabilisce significativamente che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. È altresì devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in

materia di danno erariale di cui al comma 2 del menzionato art. 12⁴³.

La disposizione è stata adottata come attuazione del criterio previsto dall'art. 18, co. 1, lett. c), della legge delega, che prescrive la precisa definizione del regime di responsabilità degli amministratori nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società a partecipazione pubblica.

La norma era stata originariamente concepita con l'intento di estendere esplicitamente la responsabilità civilistica agli organi di vertice delle società partecipate; nella stesura definitiva, invece, si completa anche con il richiamo alla responsabilità erariale.

Per quel che concerne le società *in house*, la norma fa salva la responsabilità erariale per il danno causato da amministratori e dipendenti.

⁴³ Il secondo comma dell'art. 12 precisa che *“costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”*.

Dal punto di visto soggettivo, l'art. 12 si riferisce genericamente alle "società partecipate". Benché tale termine non sia contenuto nelle definizioni, non v'è dubbio che il legislatore intendesse "società a partecipazione pubblica", ossia, a mente dell'art. 2, co. 1, lett. n), *"le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico"*.

La Corte dei conti conserva dunque la propria giurisdizione per la cognizione del danno erariale con riguardo alle perdite economiche subite dalle società (anche non in *house*) in relazione al valore della partecipazione pubblica.

Dal punto di vista oggettivo, l'art. 12 contiene un doppio regime di responsabilità, tanto civilistica quanto erariale, previsione che potrebbe dar luogo a ipotesi di *doppia responsabilità*.

In materia di responsabilità dei gestori e degli organi di controllo delle società partecipate da enti pubblici, sussiste quindi la giurisdizione della Corte dei conti quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del

potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio.

Con specifico riferimento alle società *in house*, la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità degli organi sociali per i danni cagionati al patrimonio della società solo quando possa dirsi superata l'autonomia della personalità giuridica rispetto all'ente pubblico, ossia quando la società possa definirsi "*in house*", per la contemporanea presenza di tre requisiti: 1) il capitale sociale sia integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto vieti la cessione delle partecipazioni a privati; 2) la società espliciti statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una

valenza meramente strumentale; 3) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici, con modalità e intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del codice civile. La qualificazione di una società come “*organismo di diritto pubblico*” rileva solo sul piano della disciplina di derivazione comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica e non come indice giustificativo della giurisdizione contabile.

Riferimenti bibliografici

DEMURO, *La Governance in Le società a partecipazione pubblica* (a cura di) IBBA - DEMURO, Bologna, 2018;

PICARDI, *L'amministrazione in Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura di) GAROFOLI - ZOPPINI; Bari, 2018;

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

FURGIUELE, *Il sistema dei controlli* in *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura di) GAROFOLI - ZOPPINI; Bari, 2018; RICHTER JR, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione*, in *Rivista delle società*, Milano, 2012;

DENOZZA, *Le aporie della concezione volontaristica della CSR*, in *La responsabilità sociale dell'impresa - In ricordo di Giuseppe Auletta*, Milano, 2013;

DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016.

CAPITOLO III

LA QUESTIONE DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*

SOMMARIO: **1.** INQUADRAMENTO DELLA DISCIPLINA; **2.** L'EMERSIONE DELL'*IN HOUSE PROVIDING* NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA; **3.** LA DISCUSSA NATURA GIURIDICA DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*; **4.** REQUISITI E ATTIVITÀ DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*; **4.1.** IL CONTROLLO ANALOGO; **4.2.** LA PREVALENTE DESTINAZIONE DELL'ATTIVITÀ IN FAVORE DELL'ENTE PARTECIPANTE; **4.3.** LA POTENZIALE PARTECIPAZIONE DEI PRIVATI; **5.** IL PARERE DELLA SECONDA SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO N. 298/2015: REQUISITI PER GLI AFFIDAMENTI DIRETTI *IN HOUSE*; **6.** RILIEVI CONCLUSIVI.

1. Inquadramento della disciplina.

L'articolo 16 del Testo Unico reca la disciplina delle società *in house*, in coerenza con la normativa europea, recepita nell'ordinamento interno attraverso il *Codice dei contratti pubblici* di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 (modificato dal decreto legislativo n. 56 del 2017).

Il nuovo *Codice dei contratti pubblici* - in attuazione della legge delega n. 11 del 2016 - ha, tra l'altro, recepito le disposizioni in materia di affidamenti *in house* contenute nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, che concernono, rispettivamente, l'aggiudicazione dei contratti di concessione, gli appalti pubblici e le procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Per quanto riguarda la normativa europea, gli articoli 17 della direttiva 2014/23/UE (Concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico), 12 della direttiva 2014/24/UE (Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico), 28 della direttiva 2014/25/UE (Appalti tra amministrazioni aggiudicatrici), con identiche disposizioni, disciplinano tipologie di concessioni e di appalti che presentano caratteristiche tali da essere escluse dall'ambito di applicazione della normativa europea in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici e da consentire il ricorso all'affidamento *in house*.

Il Testo Unico, nel recepire la disciplina eurounitaria, ha positivizzato talune rilevanti modifiche agli elementi identificativi

delle società *in house*, per come elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. D'altro canto, l'art. 16 non ha dissolto alcuni dei principali dubbi concernenti la natura giuridica delle società *in house*, nonché la compatibilità con i modelli codicistici delle alterazioni funzionali rese necessarie dalla peculiare intrusività degli enti pubblici nella vita della società.

Nei paragrafi seguenti è presa in esame la disciplina recata dall'art 16 del Testo Unico, unitamente ai profili problematici da essa sollevati.

2. L'emersione dell'*in house providing* nella giurisprudenza comunitaria.

La Corte di Giustizia, pur non pronunciandosi direttamente sull'*in house providing*, ha dapprima affermato, nel caso Arnhem (Corte Giustizia CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, in www.curia.eu.it), il principio della non obbligatorietà del ricorso alla gara per l'affidamento di un servizio da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Il Giudice comunitario ha in particolare osservato che l'amministrazione può decidere di svolgere direttamente il servizio attraverso un soggetto con il quale intercorre un rapporto di delega interorganica, ciò che esclude l'applicazione della direttiva 92/50/CE.

In tale pronuncia, la Corte ha mostrato di aderire alla tesi prospettata dall'Avvocato generale La Pergola, il quale ha proposto un approccio funzionale anziché formale, ritenendo che la qualificazione del soggetto aggiudicatario come società per azioni non fosse di per sé sufficiente per escludere, *a priori*, la sostanziale immedesimazione tra tale società e l'amministrazione controllante.

L'*iter* argomentativo dell'Avvocato generale si è incentrato sulla valutazione di un complesso di indici sintomatici del vincolo di "dipendenza" fra affidante e affidatario: la dipendenza finanziaria e quella amministrativa, in termini sia gestionali sia organizzativi. L'intreccio finanziario è stato pertanto ritenuto un elemento necessario, ma in sé non sufficiente per la sussistenza di un servizio *in house*; l'ulteriore elemento di collegamento è stato individuato nella dipendenza amministrativa esercitata dall'ente

locale sull'aggiudicatario, in forza della quale viene meno la "terzietà e cioè la sostanziale distinzione" fra le società affidatarie e gli enti locali affidanti (ROSSI).

Tuttavia, è con la sentenza Teckal (Corte Giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal Srl c. Comune di Viano, in *www.curiaeu.it*) che la Corte di Giustizia ha tratteggiato con precisione i confini dell'*in house providing*.

Secondo il giudice comunitario, la normativa europea sugli appalti pubblici non trova applicazione allorché difetti un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso di delegazione interorganica.

Di conseguenza, ove si sia in presenza di un vincolo contrattuale a titolo oneroso, occorre verificare la sussistenza o meno di un controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'ente aggiudicatario analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, che porti i due soggetti ad essere una sola e stessa persona. In tale ipotesi, si esulerebbe dal regime della direttiva servizi, atteso che la volontà negoziale verrebbe neutralizzata dalla capacità dell'ente territoriale di influire

sull'autonomia decisionale del prestatore, che non sarebbe dunque *terzo* rispetto all'ente medesimo.

Ad avviso della Corte, quindi, ai fini della configurabilità dell'affidamento *in house* è necessario che concorrano i seguenti presupposti: a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; b) l'affidatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice.

Il principio affermato dalla Corte UE nella sentenza Teckal implica, dunque, che in tutti i casi in cui l'amministrazione affidante eserciti nei confronti del gestore un potere di controllo analogo a quello dispiegato sui servizi amministrativi, i compiti affidati al gestore debbano essere considerati come delegati all'interno della stessa amministrazione (ROSSI).

Più essere utile ripercorrere le conclusioni rassegnate nel caso Teckal dell'Avvocato generale Georges Cosmas, ove sono enunciate le condizioni che devono essere soddisfatte affinché si possa discorrere di un contratto di appalto e si applichi di conseguenza la procedura selettiva prevista dalla direttiva 93/38. È

in particolare necessario che *“esista un incontro di volontà tra due diversi soggetti, l’amministrazione aggiudicatrice e il fornitore, e, dall’altro, il rapporto contrattuale venuto in essere consista nella fornitura di un bene a fronte di un corrispettivo in denaro...Inoltre occorre, elemento questo direttamente collegato al precedente , che la controparte contrattuale dell’amministrazione aggiudicatrice, il fornitore, abbia di fatto la qualità di terzo rispetto a tale amministrazione , e cioè che si tratti di una persona diversa rispetto all’amministrazione aggiudicatrice. Questo elemento costituisce altresì una caratteristica essenziale della stipulazione di contratti di appalto di forniture considerati dalla direttiva 93/36. Da quanto sopra risulta che la direttiva non si applica a casi in cui un’amministrazione aggiudicatrice ricorre a fonti proprie per la fornitura dei beni che desidera. Il diritto comunitario non impone che le amministrazioni aggiudicatrici osservino la procedura che garantisce l’effettiva concorrenza tra gli interessati nel caso in cui le autorità di cui trattasi procedono esse stesse alla fornitura di beni di cui esse stesse abbiano la necessità”*.

3. La discussa natura giuridica delle società *in house*.

La società *in house* è un istituto sorto nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui è consentito derogare alle regole della “concorrenza per il mercato”, mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici (Corte di giustizia, sentenza Teckal 18 novembre 1999, in causa C-107/98).

Sul piano organizzativo, la previsione di forti poteri di gestione del socio pubblico nella forma del controllo analogo ha comportato una rilevante “deroga” all’assetto organizzativo della società di capitali disciplinata dal Codice civile, con la conseguenza che sono state prospettate due diverse ricostruzioni relative alla natura giuridica dell’*in house*.

Un primo orientamento, seguito dalla prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, ritiene che la società *in house* non sia un vero e proprio soggetto giuridico, difettando il requisito dell’alterità soggettiva rispetto all’amministrazione pubblica. In particolare, si è rilevato che: “*ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che*

in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale”.

La società *in house*, alla stregua di tale orientamento, non sembra invece in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa altro non è che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13); di talché “*l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa*” (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08 cit.).

L'uso del sostantivo società, in base a tale prospettazione, servirebbe dunque solo a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo vada desunto dal modello societario; ma di una

società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare (Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283; id., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848).

Un secondo orientamento, seguito dalla prevalente dottrina, ha rilevato, invece, come la società *in house* debba considerarsi una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica.

L'art. 2331, comma 1, c.c. prevede che con l'iscrizione le registro delle imprese *“la società acquista personalità giuridica”*. Sussiste, pertanto, anche l'esigenza di tutelare i terzi e i creditori che, instaurando rapporti con la società, lo fanno sul presupposto che essa abbia una propria autonoma soggettività. In questa prospettiva, la ricostruzione della Cassazione viene criticata e in ogni caso circoscritta, alla luce di alcune affermazioni contenute nella stessa sentenza, soltanto al tema del riparto di giurisdizione (Consiglio di Stato, Commissione speciale, 16 marzo 2016, n. 438).

4. Requisiti e attività delle società *in house*.

L'art. 16 del Testo Unico stabilisce al primo comma che le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata

Il secondo comma individua nelle seguenti caratteristiche il tratto distintivo delle società *in house*:

a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

b) la società effettua oltre l'80 per cento della propria attività nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre

persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nel capitale sociale non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, salva l'ipotesi, ai sensi della legislazione nazionale, di una presenza di privati inidonea a esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Nei paragrafi seguenti sono esaminati gli elementi costitutivi delle società *in house*, per come elaborati dalla giurisprudenza europea ed interna, nonché la loro evoluzione ad opera del Testo Unico.

4.1 Il controllo analogo.

Sui presupposti tipici del controllo analogo, come sinora definiti e alla base della normativa che si commenta, appare utile il richiamo alla sentenza Cons. Stato, Sez. V, n. 1181/14, per la quale *“deve essere posto l'accento sulla particolare intensità del controllo: i controlli in presenza dei quali si verifica il fenomeno dell'in house possono essere analizzati prendendo in prestito le*

coordinate previste per gli analoghi controlli effettuati sugli organi tradizionali dalle pubbliche amministrazioni”.

I controlli devono essere al tempo stesso sugli organi, e quindi strutturali, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti (cfr. già la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418). Sugli organi nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo; sulla gestione nella misura in cui l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762).

In linea di principio, il regime civilistico dei poteri del socio non soddisfa quel parametro di intensità e di cogenza che è invece necessario perché vi sia una vera e propria mortificazione dell'autonomia manageriale, che sola giustifica l'affidamento *in*

house: si pensi al periodo che intercorre tra la revoca di un amministratore e la nomina di uno nuovo, ove il controllo societario non garantisce la sindacabilità di atti medio tempore adottati e potenzialmente lesivi. A questi fini è allora necessario che accanto alle prerogative sociali, e quindi ai poteri che l'ente locale esercita come socio secondo le regole civilistiche, vi siano anche intensi e significativi poteri pubblicistici concernenti gli atti più significativi che contrastino con le direttive e con gli indirizzi impartiti dallo stesso ente locale (Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5; sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1514).

Con riguardo al requisito del controllo analogo, secondo la Corte di Cassazione quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 25 novembre 2013, n. 26283).

L'espressione 'controllo' non allude perciò, in questo caso, all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare

sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale (si vedano, in tal senso, le chiare indicazioni di Cons. Stato, *Ad. plen.*, 3 marzo 2008, n. 1, e della conforme giurisprudenza amministrativa che ne è seguita).

Il controllo analogo non può pertanto essere assimilato, alla stregua della menzionata giurisprudenza, all'attività di direzione e coordinamento.

Nei gruppi societari, infatti, il potere di direzione e coordinamento spettante all'ente capogruppo attiene all'individuazione delle linee strategiche dell'attività d'impresa senza mai annullare del tutto l'autonomia gestionale della società controllata. Gli amministratori di quest'ultima sono perciò tenuti ad adeguarsi alle direttive loro impartite, ma conservano nondimeno una propria sfera di autonomia decisionale (giacché,

pur con gli adattamenti resi necessari dall'esser parte di un gruppo imprenditoriale più vasto, continua ad applicarsi alla singola società il disposto dell'art. 2380 bis c.c., comma 1) né, soprattutto, essi possono prescindere dal valutare se ed in qual misura quelle direttive eventualmente comprimano in modo indebito l'interesse della stessa società controllata: interesse di cui sono garanti ed in virtù del quale hanno il dovere, se del caso, di discostarsi da direttive illegittime. La disciplina della direzione e del coordinamento dettata dagli artt. 2497 e segg., insomma, 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'interesse distinti l'una dalle altre. Altrettanto non sembra potersi dire invece per la società *in house*, sia per la già ricordata subordinazione dei suoi gestori all'ente pubblico partecipante, nel quadro di un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso, sia per l'impossibilità stessa d'individuare nella società un centro d'interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico che la ha costituita e per il quale essa opera.

Allo stesso modo, ove si abbia a che fare con una società a responsabilità limitata, non sembra possibile ricondurre *sic et simpliciter* il 'controllo analogo', caratteristico del fenomeno dell'*in house*, ad uno dei 'particolari diritti riguardanti l'amministrazione' che l'atto costitutivo può riservare ad un socio (art. 2468 c.c., comma 3): giacché neppure siffatti diritti speciali di amministrazione sono equiparabili, in presenza di un amministratore non socio, ad un rapporto di natura gerarchica da cui quest'ultimo sia vincolato, restando comunque intatto il suo primario dovere di perseguire l'interesse sociale, che conserva pur sempre un qualche grado di autonomia rispetto a quello personale del socio (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 25 novembre 2013, n. 26283).

4.2. La prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente partecipante.

Il requisito della prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società, pur presentando un qualche margine di elasticità, postula in ogni caso

che l'attività accessoria non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi.

Come puntualizzato da Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 439 (anche sulla scorta della giurisprudenza comunitaria: si veda, in particolare, la sentenza della Corte di Giustizia 11 maggio 2006, n. 340/04, Carbotermo), non si tratta di una valutazione solamente di tipo quantitativo, da operare con riguardo esclusivo al fatturato ed alle risorse economiche impiegate, dovendosi invece tener conto anche di profili qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l'attività accessoria eventualmente si ponga. In definitiva, quel che soprattutto importa è che l'eventuale attività accessoria, oltre ad essere marginale, rivesta una valenza meramente strumentale rispetto alla prestazione del servizio d'interesse economico generale svolto dalla società in via principale.

Sulla scorta di quanto osservato dal Consiglio di Stato con parere 16 marzo 2016, n. 438, deve sottolinearsi come la giurisprudenza della Corte di giustizia, prima delle direttive del 2014, non avesse individuato il limite percentuale di attività che la società è tenuta a svolgere a favore dell'ente pubblico di

riferimento, richiedendosi che il soggetto beneficiario dell'affidamento destinasse la propria attività “principalmente” a favore dell'ente e il giudice competente dovesse prendere in considerazione *“tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative”* (sentenza Carbotermo dell'11 maggio 2006, in causa C-340/04).

La Corte costituzionale ha affermato, con la menzionata sentenza n. 439 del 2008, che *“l'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa “attiva sul mercato”, con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione». Si è aggiunto che «una consistente attività “esterna” determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente,*

che devono essere osservate in presenza di un soggetto “terzo” (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all’amministrazione conferente”.

Le direttive del 2014 hanno posto un chiaro limite quantitativo stabilendo che *“oltre l’80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi”.*

Conseguentemente, il comma 3 dell’art. 16 stabilisce che gli statuti delle società *in house* 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.

Il comma 4 dell’art. 16 dispone altresì che il mancato rispetto del limite dell’80 per cento del fatturato (di cui al comma 3) costituisce grave irregolarità ai sensi dell’articolo 2409 del codice civile e dell’articolo 15 del decreto legislativo in esame.

L’art. 2409 c.c. dispone in ordine alla facoltà, in capo ai soci della società, di denunciare dinnanzi al tribunale gli

amministratori di cui si sospetti che abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione tali da arrecare danno alla società (o a società controllate).

Il Testo Unico prevede altresì che, nel caso di mancato rispetto del richiamato limite di fatturato, la società possa sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci. Nell'uno e nell'altro caso la società è tenuta a sciogliere i relativi rapporti contrattuali.

Il comma 6 dell'articolo 16 prevede inoltre che, nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti (di cui al comma 5), la società possa continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti previsti dall'articolo 4 per la costituzione di società partecipate. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.

4.3 La potenziale partecipazione dei privati.

In coerenza con quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE (art. 12, comma 1, lett. c) e dal *Codice dei contratti pubblici* (art. 5, comma 1, lett. c), il Testo Unico considera ammissibile la partecipazione privata, come desumibile a *contrario* dall'art. 16, comma 1, secondo cui la società *in house* può ricevere affidamenti diretti dalle amministrazioni che esercitano su di essa il controllo analogo (...) *“solo se non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”*.

La partecipazione privata è dunque ammissibile solo se non sia di maggioranza (ovvero di controllo) e se, pur di minoranza, non si riveli decisiva (attraverso il possibile esercizio di poteri di veto).

Alla stregua del tenore letterale della norma, tale partecipazione è compatibile con il modello di società *in house* solo quando, oltre alla concorrenza delle condizioni suindicate, sia prescritta da norme di legge.

La *ratio* della norma consiste nell'evitare che l'aggiudicazione di un affidamento diretto (in assenza quindi di una procedura competitiva) determini un indebito vantaggio in favore di operatori economici privati, titolari di una partecipazione nel capitale della società pubblica, ai danni degli altri operatori economici concorrenti e, al contempo, nell'evitare di sfavorire quelle realtà in cui la presenza di soggetti privati sia resa obbligatoria da una norma di legge, a condizione che siano rispettati i presupposti del controllo analogo della pubblica amministrazione (Schede di lettura - Senato della Repubblica).

5. Il parere della Seconda Sezione del Consiglio di Stato n. 298/2015: requisiti per gli affidamenti diretti in house.

Nel parere n. 298/2015, la Seconda Sezione del Consiglio di Stato - investita della richiesta di parere in ordine alla possibilità per il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca di affidare in via diretta al Cineca (Consorzio interuniversitario) servizi nel campo dell'informatica, concernenti il sistema

universitario, della ricerca e scolastico - ha approfondito e chiarito, alla luce delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE, i presupposti e le condizioni di ammissibilità degli affidamenti diretti *in house*.

In particolare, richiamando una propria precedente pronuncia, il Consiglio di Stato evidenzia che, oltre ai requisiti dell'istituto già definiti in via giurisprudenziale, una società partecipata da un ente pubblico, per poter essere investita direttamente della gestione di un compito, non deve presentare i seguenti ulteriori caratteri: la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione (requisito ora non più attuale in conseguenza dell'entrata in vigore del Testo Unico, purché alle condizioni esaminate nel paragrafo che precede); la presenza di previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico (ad esempio la possibilità di ampliare l'oggetto sociale, l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali, l'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero).

Passando all'esame dell'art. 12 della direttiva, il Consiglio di Stato rileva come il legislatore europeo - nel disciplinare un istituto regolato finora esclusivamente in via giurisprudenziale - abbia in parte recepito la giurisprudenza, ma, in una parte rilevante, abbia profondamente innovato, *"definendo in modo parzialmente diverso le condizioni di esclusione dalla direttiva medesima. L'art. 12 cit., infatti, nel confermare che, nel caso di "in house providing" escluso dalla direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi" (art.12 cit., 1° par., lett. a), ha aggiunto una precisa definizione in ordine all'ulteriore requisito della cosiddetta 'parte più importante dell'attività svolta', secondo cui 'oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice' (art.12 cit., 1° par., lett. b). Ed alla successiva lett. c) ha aggiunto la condizione ulteriore e parzialmente innovativa (rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale), secondo cui 'nella persona giuridica controllata non*

vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata'. Ha poi aggiunto nell'ultima parte del primo paragrafo cit., a maggiore definizione della nozione comunitaria di 'controllo analogo', che 'si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice'. Quindi l'art. 12, paragrafo 1 cit. richiede che, ai fini dell'esclusione dei contratti tra soggetti pubblici dall'applicazione della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice debba svolgere sull'altro ente pubblico 'un controllo analogo a quello che esercita sui propri dipartimenti/servizi'; inoltre che più dell'80% delle prestazioni dell'altro ente pubblico

siano effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro ente pubblico controllato dalla prima; infine che l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dall'amministrazione aggiudicatrice non sia controllato da capitale privato, (...); e che in ogni caso tale partecipazione non determini influenza dominante (la percentuale dell'80% richiama la stessa quota dettata, per i settori speciali, dagli artt. 218 del dlgs.163/06 e 23 Dir. 17/2004)".

Il Consiglio di Stato rileva, inoltre, che la disciplina contenuta nella direttiva è stata *"introdotta per la prima volta con diritto scritto"* ed è *"destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'U.E."* (Schede di lettura - Senato della Repubblica).

6. Rilievi conclusivi.

La disciplina di cui all'art. 14 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, se da un lato dispone espressamente l'assoggettamento delle società partecipate alla normativa fallimentare di diritto comune, dall'altro non scioglie i principali nodi problematici con peculiare riferimento alle società *in house*.

Il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sul progetto di decreto attuativo, ha segnalato come l'art. 18, comma 1, lettera *h*) della legge delega preveda la «*possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento*». Con la conseguenza che il legislatore delegato avrebbe potuto, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società *in house*.

Il Governo, nell'esercitare la delega, non ha accolto l'indicazione del Consiglio di Stato, ritenendo che si trattasse «*di una soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame*».

Tuttavia, nonostante l'intenzione del legislatore storico, il sintetico riferimento che l'art. 14 del decreto delegato fa alle “società partecipate” non appare idoneo ad includere *sic et simpliciter* le società *in house*. Ciò per un duplice ordine di motivi: sul piano strutturale, non vengono superati gli argomenti facenti leva sulla morfologia del fenomeno *in house* e sulla sostanziale assenza, riconosciuta più volte dalla giurisprudenza della Cassazione, anche nella sua più autorevole composizione, di

alterità soggettiva tra società *in house* e PA; vi è poi un'ulteriore considerazione, esaminata *supra*, concernente il perimetro applicativo dell'espressione "società partecipate" come definita dall'art. 2 del d.lgs. 175 del 2016.

In senso contrario depone, tuttavia, il sesto comma del citato art. 14, ove si discorre di «*dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti*».

Tale disposizione solleva profili problematici atteso che, da un lato, il riferimento agli affidamenti diretti parrebbe rimandare alle società *in house*. Dall'altro lato, però, la disposizione fa riferimento ad una nozione di controllo che rinviene la sua definizione normativa nella lettera *b)* dell'art. 2, ove si richiama «*la situazione descritta nell'art. 2359 del codice civile*», mentre il controllo analogo, requisito strutturale dell'*in house providing*, è significativamente definito dalla successiva lett. *c)* come «*la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica*

diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante».

L'affidamento diretto, di cui al menzionato sesto comma, può ritenersi dunque riferito non già alle società *in house*, ma alle società miste per le quali il socio industriale od operativo privato sia selezionato attraverso la c.d. *doppia gara*, volta sia all'individuazione del *partner* privato dell'Amministrazione sia all'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio o alla realizzazione del progetto⁴⁴⁵.

In ogni caso, solo la concreta applicazione della nuova disciplina potrà consentire di sciogliere i dubbi che, frutto di una complessa evoluzione dottrinarie e giurisprudenziale, ancora non sono stati risolti.

Riferimenti bibliografici

⁴⁵ Corte Giust., Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset; *ex pluribus*, per la giurisprudenza interna, Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2016, n. 4225; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2011, n. 4527; Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555.

R. GAROFOLI - A. ZOPPINI *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma 2018;

P. ROSSI, *Le “nuove” società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *amministrazioneincammino.it*;

E. CODAZZI, *Le “nuove” società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, relazione all’VIII Convegno VIII Convegno annuale dell’Associazione italiana dei professori di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale” “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri ancora aperti, Roma, 17-18 febbraio 2017, in www.rivistaodc.eu;

C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2001, 3-4, p. 495;

D. CASALINI, *L’Organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003, 32;

S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione intergovernativa tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 1150;

B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in Urb. e app., 2003, p. 1419;

G. MARCHEGANI, *Affidamenti "in house" e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenza a confronto*, in *giustizia-amministrativa.it*.

NICODEMO - SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica*, Pisa, 2018; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018;

VETRO, *Problematica sulla giurisdizione per danni cagionati da amministratori e dipendenti di società partecipate da enti pubblici, alla luce dell'ordinanza dalla Sezione giurisdizione della Corte dei conti per il Lazio n. 40/2018*, in *lexitalia.it*; VETRO, *Problematica sulla giurisdizione in tema di responsabilità nei confronti della p.a. degli amministratori e dipendenti delle società con partecipazione pubblica, alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti, della Corte costituzionale, del Consiglio di Stato e della Cassazione*, in *lexitalia.it*; CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Rivista delle Società*, 1, 2018, 233;

CURTÒ, *Responsabilità di amministratori di società partecipate: il discrimine tra giurisdizione contabile e ordinaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5, 2016, 1679;

DONATO, *Affidamenti in house e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del Cineca*, in *Foro Amministrativo*, 2, 2016, 503;

ILACQUA, *L'in house nelle recenti riforme amministrative*, in *Foro Amministrativo*, 11, 2016, 2805;

DI LULLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società «in house» che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro Amministrativo*, 10, 2014, 2498;

VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2014, 862.

CAPITOLO IV

RILIEVI CONCLUSIVI E PROFILI RICOSTRUTTIVI

SOMMARIO: **1.** LA CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE IN RAPPORTO AL MODELLO DI GOVERNO DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE. PROFILI PROBLEMATICI; **2.** IL MODELLO FRANCESE; **3.** ALTERNATIVA TRA “GOVERNO REGOLAMENTARE” E “GOVERNO ISTITUZIONALE”; **4.** LA DISCIPLINA DELLA CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NELL'AMBITO DELLA NUOVA DISCIPLINA GENERALE SULLA CRISI D'IMPRESA.

1. La crisi d'impresa delle società pubbliche in rapporto al modello di governo delle società partecipate. Profili problematici.

Il Decreto legislativo n. 175 del 2016, alla stregua di un'autorevole opinione⁴⁶, è stato adottato al fine di conseguire due obiettivi principali: il riordino normativo e la riduzione del

⁴⁶ B.G. Mattarella, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli - Zoppini, p. 5 s.

numero delle società partecipate. Nel perseguimento del primo obiettivo, il legislatore delegato ha inteso introdurre una disciplina al contempo *generale e speciale*, in quanto da un lato destinata a disciplinare in via complessiva il fenomeno delle società pubbliche e dall'altro a conservare carattere derogatorio rispetto alla disciplina di diritto comune riveniente dal Codice civile, che continua ad applicarsi in via residuale.

La principale questione problematica che ha dovuto affrontare il legislatore, il quale ha scelto di affrontare l'obiettivo del riordino delle società partecipate ponendosi anche sul piano di delinearne lo statuto giuridico e di individuare i tipi societari che possono essere oggetto di partecipazione pubblica, consiste nel comporre la tensione tra il carattere funzionalizzato dell'*agere* amministrativo, vincolato nel fine e connotato dai vincoli e controlli posti a tutela delle risorse pubbliche, e le caratteristiche di strumenti societari la cui disciplina di diritto comune è stata invece modellata sull'*agere* privatistico, per definizione libero nel fine.

Il legislatore ha tentato di comporre la tensione descritta divaricando la disciplina tra le società in cui l'Amministrazione

assume una partecipazione di controllo, esercitando in tal modo una *vis attractiva* sull'ente societario che viene per tal via assorbito nell'orbita pubblicistica, e le società in cui l'Amministrazione è titolare di una partecipazione che non ne assicura il controllo. Nel primo caso, la disciplina divisata nel Testo Unico è nel senso di delineare uno statuto marcatamente pubblicistico, mentre nel secondo caso la disciplina speciale *si ritrae* per lasciare spazio al riespandersi delle regole generali privatistiche.

Precipitato diretto, ed insieme punto di faglia nonché elemento rivelatore delle problematiche connesse alla complessiva impostazione, è la disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche ed i relativi confini.

Non vi è, d'altra parte, sintomo più chiaro della volontà legislativa di affermare la generale disciplina privatistica delle società partecipate che stabilire in via espressa l'assoggettabilità delle medesime alle procedure concorsuali.

D'altra parte, la varietà di modelli diversi che possono essere ricondotti al fenomeno delle società pubbliche induce ad interpretare il testo legislativo in coerenza con gli obiettivi delle

riforma e con i tratti morfologici sostanziali degli enti societari disciplinati.

Il richiamo alle procedure concorsuali per quanto concerne le società partecipate, contenuto nell'art. 14 del Testo Unico, potrebbe di conseguenza, come argomentato nel capitolo che precede, essere interpretato siccome riferito *stricto sensu* alle società a partecipazione pubblica di cui all'art. 2 lett. n) del Testo Unico, e come tali distinte e contrapposte alle società *in house*, di cui all'art. 2 lett. o), così strettamente avvinte all'Amministrazione controllante da non potersene sostanzialmente distinguere.

Siffatta interpretazione renderebbe coerente la disciplina delle crisi d'impresa delle società pubbliche con le linee di fondo del Testo Unico e più ancora con l'assetto di interessi sotteso al fenomeno.

2. Il modello francese.

La riforma italiana delle società pubbliche è stata preceduta da un intervento legislativo in Francia di analogo tenore, realizzato

attraverso l'ordinanza n. 2014-948 relativa à *la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique*.

Dalla comparazione tra le due discipline, emerge la diversa ampiezza dei due interventi normativi: il legislatore francese ha infatti scelto di circoscrivere la riforma alla determinazione di talune *regole minime* in materia di *governance* e di operazione societarie.

La disciplina francese stabilisce le modalità di composizione e funzionamento del consiglio di amministrazione e di quello di sorveglianza, con peculiare riguardo alla designazione dei rappresentanti dello Stato e dei lavoratori.

La riforma francese definisce altresì le modalità di nomina e le competenze del presidente e del direttore generale; regola altresì le operazioni di cessione ed acquisizione di azioni, predisponendo un sistema di controlli più severo per le prime che per le seconde.

Rispetto ai principi ispiratori ed al perimetro normativo dell'intervento francese, quello italiano si contraddistingue per una maggiore ampiezza di obiettivi, atteso che dichiara di mirare alla efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

Conseguenza degli obiettivi della riforma italiana è l'approccio legislativo teso ad introdurre non già una rete di regole minime bensì una disciplina dettagliata e vasta, tesa sovente a sostituire più che ad integrare quella di diritto comune.

Corollario della diversità di approccio tra il legislatore francese e quello italiano è l'opzione del primo di prediligere un "governo istituzionale" delle società pubbliche, incentrato dal 2004 su un'apposita struttura, *l'Agence des participations de l'Etat*, che rappresenta lo Stato azionista con il compito di stabilizzare la gestione del capitale delle imprese strategiche. Proprio nell'ambito di tale struttura vengono adottate le direttive sulle strategie aziendali, ivi incluse le politiche di remunerazione, che sono in tal modo rimesse alla flessibilità di un organismo che può calibrare sulle concrete esigenze delle società e del mercato le proprie scelte.

3. Alternativa tra "governo regolamentare" e "governo istituzionale".

Il legislatore italiano, al fine di introdurre un regime di più severo controllo sul fenomeno delle società pubbliche, dal quale

traspare tuttavia un elemento di sfiducia di fondo, che anima d'altra parte tutta la riforma, ha introdotto una disciplina rigida, cristallizzata in norme primarie di carattere generale che se da un lato costituiscono più sicuro presidio contro potenziali abusi, dall'altro comportano la presenza di un notevole fattore di rigidità che può essere suscettibile di compromettere la competitività di un fenomeno centrale nel panorama economico nazionale⁴⁷.

Al contrario, un governo di carattere istituzionale, affidato cioè al monitoraggio, indirizzo e coordinamento di una struttura deputata a sovrintendere alle scelte strategiche delle società pubbliche, consentirebbe, in analogia a quanto sperimentato in Francia, di meglio calibrare sulle esigenze dei singoli enti e dei singoli settori le linee di sviluppo e di gestione. Primo passo in tal senso può essere considerata la Struttura competente per l'indirizzo, il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del Testo Unico di cui discorre l'art. 15 del Decreto n. 175/2016⁴⁸.

⁴⁷ G. Napolitano, *Il 'governo' delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli - Zoppini, p- 17 ss.

⁴⁸ L'articolo 15 del d.lgs. n. 175 del 2016 contiene una delle principali novità apportate dal Testo unico sulle società a partecipazione

pubblica (di seguito anche TUSP) ovvero l'istituzione, nell'ambito del Ministero dell'economia e delle finanze, di una "Struttura" con funzioni di indirizzo, monitoraggio e controllo sull'attuazione della normativa.

La disposizione si iscrive nel solco di quella legislazione recente, con cui è stato messo a punto un sistema di strumenti di controllo della qualità, efficienza e dimensioni dell'azionariato pubblico, al fine di contenere la spesa pubblica, contrastare le distorsioni concorrenziali potenzialmente derivanti dalla presenza di società pubbliche nei mercati nonché di "moralizzare" i comportamenti degli enti pubblici, specialmente locali. Tra le più recenti previsioni in tale senso possono menzionarsi, ad esempio, le misure finalizzate alla ricognizione di dati relativi a tutte le società in cui sia presente capitale pubblico, come l'istituzione della Banca Dati del Dipartimento del Tesoro, volta ad assicurare un miglior controllo dei conti pubblici.

Ebbene, nel disegno legislativo, la Struttura è destinata ad avere un ruolo fondamentale nell'attuazione della riforma in atto, in quanto si pone come custode e garante delle prescrizioni e dei vincoli che sono imposti direttamente sulle società in cui sia presente capitale pubblico e indirettamente sugli enti che detengono in esse partecipazioni sociali. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere espresso sul d.lgs. 16 giugno 2017 n. 100, il cd. primo correttivo al Testo Unico delle società partecipate, ne evidenzia la grande rilevanza *"per l'effettivo successo dell'intera riforma"* (Cons. St., comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638). Ed infatti, in conformità con i principi previsti dalla legge di delega n. 124 del 2015 di promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali (art. 18, comma 1, lett f)), la Struttura è deputata a svolgere con una visione unitaria il monitoraggio, il controllo e l'indirizzo sulle società a partecipazione pubblica (si veda F. Caringella, F.M. Ciaralli, D. Bottega, *Codice ragionato delle società pubbliche*, Roma 2018, p. 122 ss.).

Non può tuttavia disconoscersi che la preferenza mostrata dal legislatore italiano per il modello di governo regolamentare trova giustificazione nell'esigenza di tagliare attraverso la normativa primaria il nodo gordiano delle centinaia di società pubbliche regionali e locali, assicurandone per tal via la razionalizzazione e la disciplina unitaria e superando, quantomeno in termini generali, i dubbi di costituzionalità legati al riparto di competenze tra Stato e Regioni.

4. La disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche nell'ambito della nuova disciplina generale sulla crisi d'impresa.

La riforma delle società pubbliche può considerarsi, con riguardo all'intervento normativo in materia di crisi d'impresa, vero e proprio *apripista* della rivoluzione copernicana operata con il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* di cui al Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14.

In particolare, l'art. 6 del Testo Unico, recante la disciplina dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, manifesta

la scelta legislativa di porre l'accento su quei modelli organizzativi idonei a rilevare i primi segnali di tensioni economiche cui devono far seguito idonei provvedimenti volti ad impedire l'aggravamento della crisi⁴⁹.

Il legislatore del Testo Unico sulle società pubbliche si è posto, in primo luogo, in continuità con l'orientamento - già emerso con gli interventi sulla legge fallimentare avutisi tra il 2005 e il 2007 - teso a sviluppare le conseguenze normative della connessione tra la rapida rilevazione ed il tempestivo intervento sui segnali di crisi, da un lato, e la possibilità di salvaguardare il valore ancora espresso dall'impresa in crisi, dall'altro.

Tale orientamento ha comportato la disciplina di una serie di programmi e strumenti di monitoraggio volti ad intercettare elementi di tensione e di crisi d'impresa, con conseguente arretramento della soglia di intervento ben prima dell'emersione di una situazione di insolvenza.

⁴⁹ Guizzi - Rossi, *op. cit.*, p. 614.

Su tale piano il Testo Unico ha anticipato le successive elaborazioni della Commissione Rordorf, chiamata a disciplinare invece in via generale la crisi d'impresa.

Sulla scia della raccomandazione 2014/135/UE sono state infatti introdotte, dapprima nella legge delega (art. 2, comma 1, lett. a) della legge n. 155 del 2017) e poi nel Titolo II del Codice della crisi d'impresa, *procedure di allerta e composizione assistita della crisi*, incentrate su strumenti di allerta finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal Codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione.

Tali strumenti di allerta, identificabili in obblighi di segnalazione, devono essere attivati all'insorgenza degli *indicatori di crisi*, individuati dal Codice dell'insolvenza negli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle

prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi.

Gli strumenti volti ad intercettare situazioni di difficoltà prima che degenerino nella definitiva compromissione della capacità di adempiere con regolarità alle obbligazioni dell'impresa, sono rafforzati dal Codice dell'insolvenza attraverso obblighi di segnalazione posti a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione che, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare

immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.

Il Testo Unico delle società pubbliche ha dunque ampiamente anticipato, recando la disciplina esaminata *supra* di cui agli artt. 6 e 14, una tendenza poi fatta propria del legislatore per la generalità dei soggetti esercenti attività imprenditoriale.

Simmetricamente, al comma 3 dell'art. 1, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, nel tracciare il proprio perimetro applicativo, espressamente stabilisce che *“Sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche”* con ciò riconoscendo, da un lato, le peculiarità di cui alla vigente disciplina del Testo Unico sulle società partecipate e, dall'altro, lasciando spazio, nonostante quanto dapprima emerso dalla Relazione della Commissione Rordorf⁵⁰, a soluzioni differenziate e specifiche per quegli enti che fanno uso dello strumento societario come modello organizzativo neutro conservando un nesso così intenso con l'Amministrazione pubblica controllante da rimanerne sostanzialmente avvinti.

⁵⁰ *Supra*, Cap. I, p. 9 ss.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2001, 3-4, p. 495.

BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*.

CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla “riforma Madia” della pubblica amministrazione*, in *Rivista delle Società*, 1, 2018, 233

CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Dike giuridica editrice, Roma, 2016.

CASALINI, *L'Organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 32.

CASSESE, *Enti pubblici economici*, in *Nov.mo Dig. It.*, VI, Torino, 1968.

CHITI, *La carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 10.

CODAZZI, *Le “nuove” società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, relazione all’VIII Convegno VIII Convegno annuale dell’Associazione italiana dei professori di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale” “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri ancora aperti, Roma, 17-18 febbraio 2017, in www.rivistaodc.eu.

COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione intergovernativa tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 1150.

CURTÒ, *Responsabilità di amministratori di società partecipate: il discrimine tra giurisdizione contabile e ordinaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5, 2016, 1679.

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

D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Il Fallimento*, 2009.

DEMURO, *La Governance in Le società a partecipazione pubblica* (a cura di) IBBA - DEMURO, Bologna, 2018.

DENOZZA, *Le aporie della concezione volontaristica della CSR*, in *La responsabilità sociale dell'impresa - In ricordo di Giuseppe Auletta*, Milano, 2013.

DI LULLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società «in house» che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro Amministrativo*, 10, 2014, 2498.

DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016.

DONATO, *Affidamenti in house e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del Cineca*, in *Foro Amministrativo*, 2, 2016, 503.

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

FIMMANÒ, *La società pubblica anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 10.

FURGIUELE, *Il sistema dei controlli in Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura di) GAROFOLI - ZOPPINI, Roma, 2018.

GALGANO, *Sub art. 1, in Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1974.

GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Neldiritto editore, Roma, 2016.

GAROFOLI - ZOPPINI *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma 2018.

ILACQUA, *L'in house nelle recenti riforme amministrative*, in *Foro Amministrativo*, 11, 2016, 2805.

IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II.

MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 1419.

MARCHEGIANI, *Affidamenti “in house” e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenza a confronto*, in *giustizia-amministrativa.it*.

MARZUOLI, *Tutela del cittadino e «privatizzazione» dell'amministrazione*, in E. Rozo Acuna (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000.

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

MESCHINO - LALLI (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2016.

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

NICODEMO - SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica*, Pisa, 2018.

PICARDI, *L'amministrazione* in *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura di) GAROFOLI - ZOPPINI; Bari, 2018.

RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997.

RICHTER JR, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione*, in *Rivista delle società*, Milano, 2012.

ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I.

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

ROSSI, *Le “nuove” società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *amministrazioneincammino.it*.

SALVAGO, *La giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili e a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. Civ.*, 2010, I.

SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm.*, 2010, I.

SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011.

TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006.

VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2014, 862.

VETRO, *Problematica sulla giurisdizione per danni cagionati da amministratori e dipendenti di società partecipate da enti pubblici, alla luce dell'ordinanza dalla Sezione giurisdizione della Corte dei conti per il Lazio n. 40/2018*, in lexitalia.it.

VETRO, *Problematica sulla giurisdizione in tema di responsabilità nei confronti della p.a. degli amministratori e dipendenti delle società con partecipazione pubblica, alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti, della Corte costituzionale, del Consiglio di Stato e della Cassazione*, in lexitalia.it.