



Prime considerazioni sulla nuova disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche

di **FRANCESCO MARIA CIARALLI**

SOMMARIO **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 REQUISITO SOGGETTIVO DEL FALLIMENTO: TRA TEORIA FUNZIONALISTA E TIPOLOGICA **4.** LA DISCUSSA FALLIBILITÀ DELLA SOCIETÀ IN HOUSE **5.** CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE SECONDO IL DECRETO LEGISLATIVO 19 AGOSTO 2016, N. 175 **6.** LE MISURE DI PREVENZIONE DELL'AGGRAVAMENTO DELLE CRISI D'IMPRESA **7.** RILIEVI CONCLUSIVI

Abstract

The paper deals with the distress and bankruptcy regulation for public companies, approved by the Italian Government with the legislative decree 19 August 2016, number 175, which has also introduced a set of mandatory preventive measures in view of a looming crisis. The research aims to investigate the debate arisen on the possibility for in-house companies to be subjected to the bankruptcy regime established for private companies. The Author offers an interpretation that tries to reconcile the new regulation with the structural nature of in-house companies.

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 abbrivo normativo per le

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

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 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

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 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. I), 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.

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 al disegno di legge delega approvato dal Governo il 10 febbraio 2016 (A.C. 3671)². Il testo predisposto dalla Commissione Rordorf, che costituisce la base del disegno di legge, è peraltro suscettibile di interferire con la specifica questione concernente le società pubbliche.

Nella specie, l'art. 2 del disegno di legge, nel dettare i principi generali della nuova disciplina, stabilisce alla lettera e) che il Governo, nell'esercitare la delega, dovrà 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 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 al futuro

² Per un primo esame del disegno di legge delega si rinvia, sul primo numero di questa Rivista, al contributo di MOSCO – LOPREIATO.

legislatore delegato 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.

In disparte le questioni concernenti l'*iter* parlamentare del disegno di legge, nonché il valore interpretativo da annettere alla relazione accompagnatoria, emerge il carattere non univoco delle disposizioni di cui all'art. 14 del d.lgs. 175/2016, che dà luogo ad una disciplina speciale rispetto a quella elaborata dalla Commissione Rordorf. 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 eurounitario – 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 Progetto Rordorf.

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».

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.

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

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

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, 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.

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

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

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 giurisprudenza di legittimità, «*non è altro che una longamans 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.

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*

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

affidante; iii) la remunerazione del servizio è a carico dell'amministrazione nell'ambito del rapporto bilaterale con l'appaltatore».

⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 29 dicembre 1990, n.12221, Soc. Mededil c. Soc. Sincies Chimentin. 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*».

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 l. 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»*⁹.

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

⁹ 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.

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 codicistico¹⁰.

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 costituzione; ii) alla fase dell'organizzazione; iii) alla natura dell'attività svolta; iv) al fine perseguito»*¹¹.

Proprio a partire da tale orientamento del Consiglio di Stato è possibile superare la bipartizione tra teoria tipologica e funzionalista, atteso che, con

¹⁰ 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.

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 l. 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».

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

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.

4. La discussa fallibilità della società *in house*. Problema peculiare si pone con riferimento alle società *in house*, soprattutto nel caso in cui siano affidatarie di servizi pubblici; pochi dubbi, infatti, sussistono in ordine alla fallibilità di società partecipate da enti pubblici che esercitano in una logica di mercato attività commerciali. A tali società 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*»¹².

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.

¹² Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209.

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 Amministrazione¹³ 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, iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica¹⁴.

La questione problematica si pone proprio in ragione dei connotati strutturali delle società *in house*¹⁵: 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»¹⁶; inoltre «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 contempli 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

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209.

societario, è all'evidenza difettante nelle società *in house*, le quali contengono invece l'elemento costitutivo del "controllo analogo"¹⁷. Proprio il requisito del "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 pubblica¹⁸ (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 altri operatori commerciali e dunque a rischio di insolvenza¹⁹. 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).

¹⁷ 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).

¹⁸ *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.

¹⁹ In tali termini il Tribunale di Reggio Emilia, sent. 18.12.2014, n. 150.

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 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)²⁰.

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 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

²⁰ 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.

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)²¹. 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 rappresentato dalla presenza di una società di capitali formalmente distinta dalla Pubblica Amministrazione²².

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.

²¹ 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».

²² 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.

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 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”*.

5. Crisi d'impresa delle società partecipate secondo il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sul descritto dibattito, di carattere prettamente dottrinario e giurisprudenziale, si è 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'impresе delle società pubbliche²³.

Il comma primo del menzionato articolo stabilisce 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.

²³ 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).

La Commissione si limita a segnalare come l'art. 18, comma 1, lettera l) 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*.

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’esplicito richiamo dell’art. 2359 cod. civ..

Tale nozione non è 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 le società *in house* siano estranee all’alveo

applicativo dell'art. 14, e dunque per esse ancora appaiono valere gli argomenti esaminati nel paragrafo precedente.

6. Le misure di prevenzione dell'aggravamento delle crisi d'impresa.

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, sulla scia del disegno di legge delega sulla riforma delle procedure concorsuali (A.C. 3671), 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 de 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.

7. 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 *l*) 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 progetto²⁴.

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

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.

²⁴ 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.

- 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.