

L'INSOLVENZA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE ALLA LUCE DEL TESTO UNICO

di Francesco Fimmanò

L'Autore si sofferma sulle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione e della Corte d'Appello dell'Aquila con cui è stato affrontato il tema dell'insolvenza delle società in mano pubblica che gestiscono servizi pubblici essenziali, alla luce del T.U. in tema di società a partecipazione pubblica. In particolare, sono rappresentate l'ampia analisi svolta dai giudici di legittimità e di merito delle due fattispecie concrete antecedenti all'entrata in vigore delle nuove norme ed la diffusa valutazione degli effetti delle scelte espresse ed implicite del legislatore, pervenendo alla conclusione dell'assoggettabilità delle società *in house providing* alle procedure concorsuali

Sommario: [L'evoluzione della fattispecie](#) - [La società pubblica come imprenditore commerciale ed i relativi effetti](#) - [La questione delle società *in house*](#) - [L'impatto delle disposizioni del T.U.](#)

L'evoluzione della fattispecie

La Corte d'Appello dell'Aquila è il primo giudice ad occuparsi del tema della fallibilità delle società in mano pubblica a seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175) e prima della Corte costituzionale che si è pronunciata sulla Riforma Madia^[1] nonché delle Sezioni Unite della Cassazione che hanno preso posizione, *incidenter tantum*, sul tema.

Il T.U. pare aver posto fine, anche secondo le sentenze in epigrafe, alla lunga *querelle* sull'assoggettamento a procedure concorsuali delle società in mano pubblica, originata dal tentativo di queste ultime di sottrarsi al diritto comune, dopo avere abusato del privilegio derivante dall'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza e della trasparenza^[2]. Negli ultimi venti anni si è sviluppato in modo esponenziale questo modello di gestione mediante società controllate (e più spesso *in house*) in un'ottica rivolta formalmente alla aziendalizzazione dei servizi e ad una privatizzazione effettiva, in realtà sostanzialmente diretta ad eludere i procedimenti ad evidenza pubblica ed a sottrarre interi comparti della P.A. ai vincoli di bilancio ed ai patti di stabilità^[3].

Quando i nodi sono arrivati al pettine e non è stato possibile più ricapitalizzare all'infinito queste società perennemente in perdita, si è fatto di tutto per affermare che le stesse (costituite solo per avere i vantaggi segregativi derivanti dal modello giuridico), non avrebbero dovuto subire gli effetti negativi della scelta opportunistica (a cominciare dal fallimento) ma solo i vantaggi della generazione applicativa.

Invero, come si legge anche tra le righe del T.U., se da un lato si è voluto approfittare delle prerogative della "mano morta" dell'affidamento diretto alle proprie società, dall'altro se ne devono subire le conseguenze, altrimenti vi sarebbero gravissime ricadute per il complessivo equilibrio del sistema^[4]. Le norme speciali volte a regolare la costituzione delle società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non possono incidere sul modo in cui essa

opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela *dell'affidamento di terzi* contraenti contemplate dalla disciplina civilistica.

La magistratura contabile ha - in questi ultimi anni - ripetutamente segnalato tutte le distorsioni che si riscontrano (specie in relazione ai vincoli finanziari e di personale che fanno capo agli enti territoriali) e ha evidenziato la necessità che le società a partecipazione pubblica fossero assoggettate alla stessa disciplina vincolistica degli enti di riferimento. La drastica riduzione dei trasferimenti agli enti locali e il conseguente abbandono all'*autosufficienza* ha fatto emergere i disastri contabili e finanziari *occultati* nelle partecipate non consolidate, con la conseguenza che molte di queste imprese sono divenute irrimediabilmente insolventi.

All'opera di "correzione" degli abusi ha preso parte anche la giurisprudenza fallimentare che dopo una fase di incertezza si è orientata, come ricordano i giudici abruzzesi, nel senso dell'assoggettamento di queste società alle procedure concorsuali, con la prevedibile conseguente esplosione di questioni nuove riguardanti i diversi e concorrenti regimi di responsabilità civile, penale, contabile ed amministrativa. Ciò per non parlare degli effetti dirompenti dell'abuso di *attività di direzione e coordinamento* posta in essere dagli enti pubblici sulle controllate in spregio ai criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, che oltre alla responsabilità sussidiaria genera - indirettamente - la violazione delle regole di contabilità pubblica, per effetto dell'assunzione di spese di ammontare indeterminato non previste nel bilancio dell'ente (quali sono quelle derivanti dalla responsabilità *ex art. 2497 c.c.*)^[5]. Tema che ancora viene sottovalutato e che vede proliferare azioni da parte degli organi di procedure concorsuali nei confronti degli enti pubblici soci e dei relativi dirigenti ed amministratori che *hanno preso parte al fatto lesivo* (art. 2497, comma 2, c.c.).

In questo quadro, la Cassazione nel settembre del 2013^[6] è pervenuta ad una serie di conclusioni sistematiche assolutamente rilevanti rispetto al tema che ci occupa. Innanzitutto ha 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. Peraltro proprio dall'esistenza di specifiche normative di settore che - negli ambiti da esse delimitati attraggono nella sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato - può ricavarsi *a contrario*, che, ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica. La S.C. ha richiamato l'art. 4 della L. n. 70/1975, 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. 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. Insomma per i giudici di legittimità 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 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. 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, per il Supremo consesso, anche 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, attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza^[7].

Come noto, le sezioni unite della S.C. negli ultimi anni si sono pronunciate ripetutamente *sulla giurisdizione* in tema di azione di responsabilità agli organi sociali^[8] e queste sentenze hanno avuto

- almeno per qualche tempo - un effetto *destabilizzante* sul quadro che si era delineato, che via via è rientrato^[9].

Così l'art. 14, comma 1, del T.U. dispone adesso 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...*”^[10].

Secondo la Corte d'Appello dell'Aquila la volontà del legislatore appare chiara nell'affermare senza eccezioni l'assoggettamento alle “ordinarie” procedure concorsuali di tutte le società a partecipazione pubblica, superando le varie tesi che limitavano tale accesso a talune di dette società ed abbandonando le incertezze che imperavano finora in argomento anche tra gli operatori pratici^[11].

La società pubblica come imprenditore commerciale ed i relativi effetti

Il quadro complessivo di riferimento (in cui il soggetto giuridico società e la sua organizzazione sono disciplinati dalle regole civilistiche e la relativa attività può essere disciplinata da regole giuspubblicistiche) abbastanza netto è stato “appannato” nel tempo dalla sovrapposizione di norme e definizioni aventi ad oggetto l'attività (e non il soggetto che la esercita).

L'esempio più eclatante è stato l'uso “atecnico” (frutto di una mancata visione interdisciplinare) dell'espressione “*organismo di diritto pubblico*” che è stata utilizzata per riqualificare l'imprenditore commerciale come soggetto di natura pubblica e non semplicemente come operatore rientrante tra le amministrazioni aggiudicatrici, che, com'è noto, sono tenute, nella scelta del contraente, sia al rispetto della normativa comunitaria che al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale^[12]. In realtà una cosa è l'imprenditore commerciale (società a partecipazione pubblica o meno, concessionaria, o meno, di servizi pubblici) che resta sempre tale ed assoggettato al relativo statuto ed altra cosa è la sua qualificazione di “organismo pubblico” ai fini delle norme cui assoggettare la sua particolare attività^[13]. Via via anche la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che la qualificazione come organismo di diritto pubblico non determina di per sé l'esonero dal rispetto delle regole civilistiche, se in fatto tale soggetto abbia agito come operatore economico ben potendo (sussistendo i requisiti previsti) un Ente con personalità di diritto privato essere riconosciuto quale organismo di diritto pubblico e viceversa. E la Cassazione ha confermato questi principi persino per quel ridotto numero di “società legali” per le quali una ipotetica riqualificazione della natura troverebbe almeno una sponda normativa^[14].

La confusione è nata dalla strumentale volontà *politica* di porre al centro del sistema il modello della società c.d. *in house*, in cui l'ente pubblico esercita sulla società *un controllo analogo* (quanto meno per prerogative ed intensità) *a quello esercitato sui propri servizi*.

Questa discutibile esigenza ha portato al tentativo di enucleare un vero e proprio mostro giuridico e cioè quello della società intesa come articolazione organizzativa dell'ente, posta in una situazione di delegazione organica o addirittura di subordinazione gerarchica, con l'effetto di pretendere poi addirittura la disapplicazione dello statuto dell'imprenditore. Questo tentativo non supportato normativamente dall'emersione positiva di un “tipo” ha generato una confusione che non tiene

conto che alcune categorie concettuali e sistematiche di diritto pubblico non sono affatto applicabili *sic et simpliciter* al diritto societario ed al diritto fallimentare in particolare. Intanto si giustifica un modello privatistico in cui l'ente locale si occupa, in forza della sua autonomia privata, della *governance* delle sue partecipate in quanto i regimi di responsabilità, gestione e organizzazione siano quelli del diritto societario comune, seppure con alcuni accorgimenti nei limiti del principio di tipicità, e non altri. Non si può utilizzare una *fictio* per emulare istituti di tutt'altra natura quali *l'azienda speciale* oppure *l'ente pubblico economico*, al fine di veder applicati solo i vantaggi derivanti dal modello societario e sottrarsi agli svantaggi derivanti dall'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale.

Indipendentemente dalla *natura dell'attività* svolta, la società a partecipazione pubblica è per l'ordinamento un imprenditore commerciale e come tale assoggettato al relativo statuto a cominciare dalle procedure concorsuali.

Orbene il nostro ordinamento giuridico “nomina” e disciplina *l'imprenditore commerciale*, cioè il soggetto che intraprende (sia individuale che collettivo) e non l'impresa ovvero l'attività economica esercitata. Nell'applicazione del relativo statuto non rileva la natura - o la necessità - dell'attività svolta oppure gli interessi ad essa sottesi^[15], ma la natura del soggetto, per il quale il legislatore non prevede alcuna *riqualificabilità*: tant'è che ad esempio nella legge fallimentare continuano a fallire gli imprenditori e non le imprese^[16]. Se così non fosse sarebbero esentate dall'applicazione del sistema di regole dettate per l'imprenditore commerciale anche le società a capitale totalmente privato laddove siano concessionarie di un servizio pubblico od affidatarie comunque di attività di natura o interesse squisitamente pubblico, ciò quanto meno per evitare sperequazioni di mercato e violazioni delle regole della concorrenza^[17].

Peraltro anche quando la società partecipata gestisce un servizio pubblico non è mai titolare di quel servizio ma semplice affidataria ad opera dell'ente pubblico socio-affidante, quindi l'applicazione dello statuto dell'imprenditore, a cominciare dalla dichiarazione di insolvenza, non determina alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività della pubblica amministrazione né impedisce l'esecuzione di un servizio necessario alla collettività.

L'intera elaborazione può essere sintetizzata evidenziando che la società è solo una delle modalità di gestione del servizio pubblico, pur non essendone titolare. È infatti compito dell'ente pubblico titolare degli interessi pubblici, nell'ipotesi di decozione, trovare una soluzione alternativa al loro soddisfacimento, mediante gestione del servizio in altra forma o riassegnazione ad altro soggetto, mentre agli organi del fallimento spetta la liquidazione delle attività fallimentari, nel rispetto dei limiti generalmente stabiliti dalla legge, al fine di assicurare la continuità del servizio pubblico^[18].

La società di capitali a partecipazione pubblica è, in virtù della forma scelta, un imprenditore commerciale a prescindere dall'attività economica svolta e dalle modalità attuative di tale attività (allo stesso modo in cui non rilevano le dimensioni dell'impresa esercitata quando si opta per la veste societaria). La S.C. ha reiteratamente affermato, in linea con la migliore dottrina, che le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore individuale^[19]. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società “è lo statuto a compiere tale identificazione”, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile per l'impresa non

collettiva stabilire che la persona fisica abbia scelto, *tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale*^[20].

Per quanto concerne l'attività imprenditoriale, la rilevanza giuridica, nell'aspetto di qualificazione della persona fisica come imprenditore commerciale, non può ricadere nella prospettazione interna - perché le qualificazioni giuridiche operano su comportamenti rilevanti nella realtà - ma va determinata nel momento della *esteriorizzazione*. Se, dunque, presupposto della rilevanza giuridica è la scelta effettuata dal soggetto tra i suoi potenziali fini indeterminati, tale scelta, una volta manifestata, assume il carattere della definitività e si traduce in concreto nell'esercizio professionale di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi, ai sensi dell'art. 2082 c.c. È, pertanto, il compimento di questa attività a rappresentare il momento giuridicamente rilevante per l'attribuzione dello *status* in esame^[21]. Ciò non vale per le società di capitali, dotate di personalità giuridica e contraddistinte, sin dall'origine, dall'oggetto sociale scelto, conoscibile dai terzi per effetto della pubblicità commerciale, e per le quali ciò che giuridicamente rileva, come visto, è la previsione statutaria di un'attività commerciale, piuttosto che il suo effettivo esercizio. La società di capitali è "geneticamente" destinata al fine unico dell'esercizio di una attività economica qualificata come commerciale e ciò a prescindere dalla possibilità di modificare lo scopo sociale. L'indicazione statutaria determina la capacità giuridica ed il motivo dell'esistenza dell'ente: l'attributo imprenditoriale, che è eventuale quando si tratta di qualificare il comportamento economico di una persona fisica, diviene "naturale" per una società. Mentre nel primo caso non vi è connessione diretta tra persona fisica ed attività, nel secondo, invece, il rapporto è diretto ed immediato, perché la destinazione commerciale è immanente al soggetto collettivo^[22].

Tutto ciò vale dunque anche quando la società svolga attività e produca servizi pubblici "senza rilevanza economica" ed indipendentemente dal fatto che si collochi in un "mercato concorrenziale" o che svolga attività a favore dei terzi (oltre che *in house providing* a favore dell'ente socio). È stato opportunamente ricordato che la c.d. "commercialità" va recuperata in negativo dalla previsione dell'art. 2135 c.c. nel senso che è commerciale l'imprenditore che non eserciti attività agricola (o, meglio ancora, che le attività commerciali coprono tutto l'ambito delle attività d'impresa, sia pure a carattere industriale, riconducibili all'art. 2082 c.c.)^[23]. In positivo si considerano attività commerciali quelle elencate nell'art. 2195 c.c., che indica tuttavia solo gli "*imprenditori soggetti a registrazione*"; la natura commerciale si desume, in realtà, dal secondo comma di detta norma secondo cui "le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano". In tale direzione si afferma che la scelta del modello organizzativo societario, fatta eccezione per la società semplice, integra la sua natura di imprenditore commerciale e l'applicazione del relativo statuto, qualsiasi sia l'attività economica svolta^[24]. Il profilo della "concorrenzialità non è un requisito necessario per postularne la commercialità e vale a qualificare piuttosto il regime in cui assicurare la libera competizione" delle imprese sul mercato. Analogamente l'espletamento di attività a favore di terzi non costituisce condizione imprescindibile della commercialità, se è vero che sono tali e che possono indubbiamente fallire le *holding* cd. pure che svolgono attività solo a favore delle partecipate.

[La questione delle società *in house*](#)

Questa impostazione ha trovato conferma nel T.U. che contempla l'esplicito assoggettamento alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo per le "società a partecipazione pubblica". L'art. 2 T.U., rubricato "definizioni", differenzia le "società a partecipazione pubblica" dalle "società *in house*": le prime sono "le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico" (art. 2, comma 1, lett. n), mentre le seconde sono "le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto" (art. 2, comma 1, lett. o).

Si potrebbe continuare a sostenere allora che la regola dell'applicazione delle norme sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria sia limitata alle sole "società a partecipazione pubblica" e non operi, invece, per le "società *in house*". Se questa fosse la conclusione, l'intervento del legislatore sarebbe stato *tamquam non esset*.

Ma è evidente che le "società *in house*" rientrano nell'alveo applicativo dell'art. 14 T.U. Il comma 6 del medesimo art. 14 T.U. disciplina infatti chiaramente le conseguenze della dichiarazione di fallimento "di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti" (vedi *infra*, par. 5). Considerato che, ai sensi dell'art. 16 T.U., le società titolari di affidamenti diretti sono le "società *in house*", ne consegue che il legislatore, nel disciplinare i limiti a carico delle pubbliche amministrazioni derivanti dal fallimento delle "società *in house*", abbia implicitamente previsto la fallibilità di queste ultime^[25]. D'altra parte l'art. 14 è la sintesi del dato oggettivo che per tutte le società in esame il fine dell'attività d'impresa, sia essa pubblica o privata, è quello della produzione o dello scambio di beni o servizi^[26].

Nella legge risulta chiara la scelta di non enucleare un tipo "società *in house*" che rimane una variante della società a controllo pubblico cui sono destinate disposizioni peculiari concernenti l'attività e non di natura tipologica.

D'altra parte - come ricorda la Corte d'Appello dell'Aquila - la V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione della Camera, nel parere reso il 30 giugno 2016 ed il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel parere del 16 marzo 2016, hanno tentato di determinare l'inserimento nel decreto legislativo di disposizioni autonome per gli enti strumentali e per le società *in house*, in conformità al principio contenuto nell'art. 18 della legge delega. Ma evidentemente il legislatore della riforma è stato di diverso avviso e ciò è *epifanico* del significato della scelta.

Nel parere della V Commissione Permanente si legge: "si valuti l'opportunità di individuare le tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione da parte della pubblica amministrazione, definendo, come risulta dal parere del Consiglio di Stato, una distinzione più netta tra società a controllo pubblico, società a partecipazione pubblica e società quotate, con deroghe al codice civile di intensità decrescente, nonché tra società strumentali e società *in house*, con deroghe al codice civile di maggiore intensità, valutando altresì l'opportunità di elencare per ciascuna delle predette tipologie le norme del decreto che risultano applicabili".

Secondo poi il Consiglio di Stato le società *in house* sarebbero "una tipologia" del tutto distinta dalle altre, proprio per le profonde deviazioni rispetto al nucleo fondante delle società di capitali, con evidenti anomalie rispetto alla fenomenologia societaria, tanto che si prevede la deroga persino al potere di gestione degli amministratori di cui all'art. 2380 *bis*, comma 1, c.c. L'applicazione della disciplina speciale per l'*in house* deriverebbe proprio dalla profondità delle divergenze rispetto ai principi di fondo della struttura societaria, in applicazione del principio di "proporzionalità" delle deroghe alla disciplina privatistica. Il Consiglio di Stato ha richiamato nel suo parere anche l'art.

106 del T.F.U.E. (trattato sul funzionamento dell'UE) per il quale “le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale...sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”^[27]. Per il supremo consesso amministrativo, dunque, “la società *in house* conserva...una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato”. Dinanzi ad un sistema complesso di deroghe alla disciplina privatistica, si dovrebbe procedere ad una distinzione più netta tra “società a controllo pubblico”, “società a partecipazione pubblica” e “società quotate”, “con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta”^[28].

Il legislatore è, invece, stato evidentemente di contrario avviso, come risulta chiaramente dalla relazione illustrativa all'art. 14, D.L. n. 175/2016 (“l'articolo 14 disciplina le ipotesi di crisi aziendale nelle società a controllo pubblico, dettando specifiche procedure per prevenire l'aggravamento della crisi stessa, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. In accoglimento della condizione n. 18 della Commissione V Bilancio della Camera è stata modificata la rubrica. *Non si è, invece, ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera (osservazione n. 14) che mirano a differenziare la disciplina delle crisi aziendali rispetto a diverse tipologie di società (in house e strumentali): si tratta di una soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame*”).

La nozione di società *in house*, cui è dedicato un intero articolo (art. 16), è richiamata in numerose norme del decreto legislativo, ma è assente emblematicamente proprio nell'art. 14 che disciplina la crisi delle società a partecipazione pubblica.

Nelle definizioni di cui all'art. 2 del T.U. troviamo, infatti, oltre a quelle sul controllo, sul controllo analogo e sul controllo analogo congiunto^[29], anche le definizioni di società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica e società *in house*^[30]. Il controllo è indicato 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”. Le società a partecipazione pubblica sono “le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubbliche”^[31].

È evidente, allora, che la definizione di società “a partecipazione pubblica” sia ampia e comprenda sia le società a controllo pubblico sia le società *in house*.

D'altra parte il tema è stato ampiamente sviluppato dopo le sezioni unite della Cassazione del 2013, di cui il T.U. tiene conto. La S.C. ha adattato l'impostazione comunitaria in tema di gestione *in house providing*, al solo fine di riconoscere la giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità agli organi sociali di queste “famigerate” società^[32].

Questo modello gestorio, come noto, ha trovato la propria origine normativa nel nostro ordinamento in una *rivisitazione strumentale* fatta dal legislatore italiano della giurisprudenza comunitaria, che in particolare nella famosa sentenza *Teckal* aveva escluso l'applicabilità delle norme sull'individuazione concorrenziale del concessionario qualora l'ente “*eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*”^[33].

Si noti che si tratta, e non a caso, proprio delle medesime espressioni “mutuate” poi dal nostro legislatore per legittimare l’affidamento diretto ed in deroga.

Le sezioni unite hanno qualificato questo genere di società come una mera articolazione interna della P.A. una sua *longa manus* al punto che l’affidamento diretto neppure consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo di talché l’ente *in house* “*non potrebbe ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa*”. Il passaggio più forte è stato quello secondo cui “*il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*”.

L’inquadramento della società in *house providing* come *longa manus* dell’ente, derivazione operativa, formalmente strutturata come società, ma sostanzialmente in tutto e per tutto dipendente dai soggetti pubblici proprietari del capitale, *a guisa di un’azienda speciale*, è, come detto, un vero e proprio mostro, inconcepibile nel nostro ordinamento^[34], se non come “*fictio*” finalizzata alla mera affermazione della giurisdizione contabile, ora per di più negata dal T.U.^[35].

L’impatto della c.d. sentenza Rordorf sui principi di diritto societario, sui regimi di responsabilità e sull’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale alla società *in house*^[36], ha generato all’inizio incertezza^[37]. Poi via via si è opportunamente attribuita una valenza meramente “settoriale” (in tema di giurisdizione), escludendo qualunque altro profilo che non attenga al rapporto tra partecipante e partecipato, negando recisamente la validità di ricostruzioni *pan-pubblicistiche*, fondate su interpretazioni riqualficatorie della natura giuridica, prive di base normativa ed in contrasto coi principi costituzionali di cui all’art. 101, comma 2, Cost. ed all’art. 97 Cost.^[38]. Ed anche la Cassazione ha avuto modo di precisarlo *ratione materiae* con riferimento, ad esempio, al settore previdenziale^[39].

D’altra parte affermare che la mancanza di alterità soggettiva genera ai fini fallimentari l’esonero, equivale a dire che la società coincide con l’ente pubblico, ed il passaggio successivo naturale è che la responsabilità delle obbligazioni sociali è dell’ente pubblico, almeno in via sussidiaria. Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento si arriva al risultato clamoroso e devastante per la finanza pubblica (ed in particolare per i bilanci degli enti locali) che i creditori sociali della società *in house* divengono tutti creditori dell’ente pubblico, verso cui possono agire in via diretta. L’orientamento della S.C., frutto di un intento diretto a salvaguardare l’erario dalla diffusa *mala gestio* degli organi sociali di società strumentali, raggiungerebbe così, per una sorta di “eterogenesi dei fini”, il risultato esattamente opposto cioè quello di aprire una voragine nei conti pubblici derivante dalla *responsabilità diretta* delle pubbliche amministrazioni per tutti i debiti contratti dalle famigerate società *in house providing*. Cosa che viceversa può accadere solo per effetto dell’accertamento di una *responsabilità risarcitoria* dell’ente per abuso dell’attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.).

Alla luce di questo percorso appare quasi un risultato naturale che il legislatore metta a sistema nel T.U. quanto emerso dagli orientamenti della giurisprudenza e dal dibattito dottrinale sancendo *che tutte* 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.

[L’impatto delle disposizioni del T.U.](#)

Le sezioni unite della Cassazione in epigrafe hanno definitivamente avallato questa impostazione affermando espressamente che “*La riconduzione della materia in questione alla disciplina civilistica è attuata oggi dal D.Lgs. n. 175 del 2016 (ovviamente, inapplicabile ratione temporis alla fattispecie), del quale vanno particolarmente segnalate tre disposizioni. Quella del terzo comma dell’art. 1, secondo cui: Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato. Quella dell’art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate), a norma della quale “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”.* Quella dell’art. 14 (Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica), la quale non solo 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*”, ma, soprattutto, testualmente menziona nell’ultimo comma la “*dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti*”, facendo così inequivoco ed esplicito riferimento alle società *in house*, che, appunto, sono le società titolari di affidamenti diretti (cfr. art. 16, 1° comma)^[40].

Nelle procedure di crisi si intendono compresi chiaramente gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l.fall.* che, a nostro avviso, non sono procedure concorsuali e per le quali è richiesto solo il requisito soggettivo della qualità di imprenditore commerciale (e che comunque se fossero ritenute procedure rientrerebbero nell’accezione concordataria)^[41]. Al contrario vanno escluse dall’alveo applicativo le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, che trovano applicazione per i soli debitori “non fallibili” (art. 6, L. 3/2012), e la liquidazione coatta amministrativa, a meno che una specifica legislazione speciale ne preveda l’applicazione a talune società.

Nei cinque anni successivi alla *dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico* titolare di affidamenti diretti, le PP.AA. controllanti, alla luce del T.U., non possono più costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita. È spesso capitato negli ultimi anni che le amministrazioni abbiano costituito a cascata società *clone* all’indomani dell’insolvenza delle proprie partecipate, in favore delle quali hanno disposto l’affidamento diretto degli stessi servizi esercitati dalla prima, il tutto con contestuale riassorbimento nella nuova società del personale dipendente della fallita, accompagnato (talvolta) dall’acquisto di mezzi e attrezzature già di titolarità della prima. Per evitare questa ulteriore degenerazione, al di là delle evidenti responsabilità da abuso del dominio o persino di *imprenditore indiretto*, il comma 6 dell’art. 14 T.U. dispone, in modo opportuno, questo limite che collega espressamente solo al fallimento e che quindi va escluso per le altre procedure concorsuali, in particolare concordato preventivo ed amministrazione straordinaria.

L’art. 6, comma 2, T.U., sancisce all’uopo che le sole società *a controllo pubblico*^[42], *non le mere partecipate* “...predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l’assemblea nell’ambito della relazione di cui al comma 4”^[43]. Quest’ultima relazione, che descrive gli strumenti di governo societario adottati, va predisposta annualmente e va pubblicata contestualmente al bilancio d’esercizio.

Qualora emergano, poi, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio, 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 eliminare le cause, attraverso *un idoneo piano di risanamento*. Una sorta di efficientamento *ex ante* della gestione della crisi.

Si tratta di un microsistema *di allerta e prevenzione*, ben noto in altri Paesi, che per la prima volta trova ingresso nel nostro ordinamento, nonostante sia stato ripetutamente proposto in vari progetti di riforma, ivi compreso l'ultimo in atto c.d. *Rordorf*^[44].

In questi casi la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile, che diventa uno strumento generale in deroga al codice civile valido anche per le S.r.l. ed a prescindere dalla legittimazione attiva del solo collegio sindacale^[45] e dalla percentuale di partecipazione alla società^[46]. Uno strumento di allerta e prevenzione che diventa persino *un onere* della pubblica amministrazione prima che una prerogativa e che introduce una irregolarità gestionale tipica ai fini del controllo giudiziario del Tribunale rappresentata dalla mancata adozione di programmi di valutazione del rischio.

In buona sostanza diventa dovere degli amministratori monitorare l'equilibrio finanziario a breve e medio termine "al fine di cogliere prodromici segni di insolvenza e dello stato di crisi, e procedere, se del caso alla ristrutturazione del debito" od a procedure concorsuali per evitare l'aggravamento del dissesto; comportamento che tipicamente in queste società genera la responsabilità risarcitoria degli amministratori^[47].

Nel medesimo quadro rientra la previsione di contegni obbligati ed infatti "non costituisce provvedimento adeguato, nella gestione della crisi da parte del socio pubblico, la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie anche se attuato in concomitanza ad un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato a norma di legge"(comma 4, art. 14).

Il sistema di allerta prevede la necessità di dar luogo ad *un piano di risanamento*^[48], ma se questo piano prevede un ripianamento delle perdite occorre *un piano industriale* che contempli evidentemente il riequilibrio finanziario, economico e reddituale, consentendo il normale adempimento delle proprie obbligazioni. Il piano di risanamento *ex art. 14 T.U.* deve comprovare la "*sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico*" che a ben guardare è la terminologia usata dal legislatore nella legge c.d. *Prodi-bis*, D.Lgs. n. 270 del 1999, che caratterizza il c.d. indirizzo della cessione ove il Commissario non deve tendere al pagamento dei debiti ma al recupero della capacità aziendale di stare in equilibrio sul piano gestionale. A differenza del piano *ex art. 67 l.fall.* non deve essere asseverato da un esperto indipendente, chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità. Tuttavia il più comprende il meno e nulla esclude che venga effettuato con le stesse forme e financo pubblicato nel registro delle imprese, tenuto conto che la tipicità delle iscrizioni non è una tipicità degli atti ma degli effetti^[49].

Ciò risponde non solo a profili concernenti la corretta gestione della finanza pubblica ma funziona anche da barriera ai cc.dd. aiuti di stato alle imprese in crisi, che rappresentano un limite di matrice comunitaria.

Le pubbliche amministrazioni infatti non possono con la nuova disciplina, salvo quanto previsto dagli artt. 2447 e 2482 *ter c.c.*, 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.

Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari *soltanto* 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, che contempra il raggiungimento dell’equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (adottato su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti) possono essere autorizzati i detti interventi di carattere urgente (comma 5, art. 14).

La differenza tra le due ipotesi è nel fatto che il piano di risanamento contemplato dal comma 5 deve prevedere il raggiungimento dell’equilibrio finanziario entro tre anni, mentre il piano di risanamento contemplato dal comma 4 non prevede questo limite temporale e può prevedere il recupero dell’equilibrio finanziario anche in un maggiore arco di tempo. Per il resto la normativa è assai fumosa e non si comprende perché alcune attività siano possibili in sede di perdite qualificate e non prima od a prescindere. Probabilmente la norma, scritta in modo involuto, tende comunque ad evitare lo scioglimento e la liquidazione salvi “casi impossibili”.

A ben vedere l’unico riferimento generale a strumenti di allerta nell’ordinamento societario sono gli artt. 2447 e 2482 *ter c.c.*, cui il microsistema è agganciato, ma che non consentono di rilevare la crisi finanziaria ed il venir meno della c.d. “continuità aziendale” cui è invece diretto il *solvency test* all’italiana che contempla il T.U. accanto al sistema del capitale sociale.

Note:

^[1] La Corte costituzionale, con la sentenza n. 251 del 25 novembre 2016 (Pres. Grossi - Red. Sciarra) su ricorso della Regione Veneto, ha statuito l’illegittimità di una serie di norme della Legge c.d. *Madia* in quanto sarebbe stata necessaria la previa intesa e non il semplice parere della Conferenza Stato-Regioni o Unificata. Le dichiarazioni di illegittimità costituzionale riguardano le deleghe al Governo “in tema di riorganizzazione della dirigenza pubblica”, “per il riordino della disciplina vigente in tema di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”, “di partecipazioni azionarie delle pubbliche amministrazioni e di servizi pubblici locali di interesse economico generale”. La Consulta ha comunque precisato che: “le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute nella decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto di ricorso e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni attuative, si dovrà accertare l’effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo, nell’esercizio della sua discrezionalità, riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”. La Corte quindi interverrà sul T.U. solo se verrà impugnato e limitatamente ai punti in cui esso è lesivo delle competenze regionali e ferma restando l’adozione, nelle more, da parte del Governo di un decreto correttivo pure previsto dalla legge. Questa situazione potrebbe ad esempio verificarsi con riguardo alle previsioni di cui agli artt. 20 e 24 in tema di piani razionalizzazione ordinaria e straordinaria e limitatamente all’obbligo di predisposizione da parte

delle Regioni e al regime transitorio del personale (art. 25), la cui gestione è rimessa alla Regione ed alle società dalla stessa partecipate. In linea di principio le scadenze e gli adempimenti previsti dal T.U. (ad esempio per modifiche statutarie, piani straordinari di razionalizzazione, ecc.) potrebbero rimanere cogenti. Questa interpretazione, soprattutto nel caso di società regionali, sconta notevoli incertezze dovute, da un lato, al rischio di impugnazioni per lesione delle competenze regionali e, dall'altro, a interventi legislativi correttivi del T.U. Partecipate in linea con il suggerimento della Corte costituzionale.

^[2] Si tratta di considerazioni espresse nel tempo, oggetto di analisi critiche riprese dalla giurisprudenza (cfr. F. Fimmanò - A. Catricalà, *Introduzione, Profili generali della riforma*, in F. Fimmanò - A. Catricalà, *Le società pubbliche*, Roma, 2016, 15 s.; F. Fimmanò, *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009, 897 s.; Id., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di Fimmanò, *Ricerche di Law & Economics*, Milano, 2011, 12 s.).

^[3] Trib. Palermo 20 ottobre 2014, in *Dir. fall.*, II, 258 s., con nota di F. Fimmanò, *Insolvenza dell'imprenditore "società pubblica", gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*.

^[4] Anche sul piano costituzionale visto che le disposizioni penali presuppongono la dichiarazione del fallimento o dell'insolvenza.

^[5] F. Fimmanò, *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in F. Fimmanò - A. Catricalà, *Le società pubbliche*, cit., 49 s.; Id., *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. fall.*, 2010, 724 s.

^[6] Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in *www.ilcaso.it*, 2013.

^[7] Qualche mese prima la Corte d'Appello di Napoli aveva affrontato e risolto in modo assai simile, con diverse sentenze "complementari", il tema della insolvenza delle c.d. *società pubbliche* (App. Napoli 24 aprile 2013, n. 57, e App. Napoli 27 maggio 2013, n. 346, in questa *Rivista*, 2013, 1296 s. con nota di F. Fimmanò, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*).

^[8] Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in questa *Rivista*, 2014, 33 s., con nota di L. Salvato, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*; in *Società*, 2014, 55 s. con nota di F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, e poi in scia: Cass., SS.UU., 16 dicembre 2013, n. 27993; Cass., SS.UU., 26 marzo 2014, n. 7177; Cass., SS.UU., 24 ottobre 2014, n. 22609. Nello stesso senso ma con approdo opposto Cass., SS.UU., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Società*, 2014, 953 s. con nota di F. Cerioni; Cass., SS.UU., 2 dicembre 2013, n. 26936.

^[9] C. Ibba, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 s.; G. Positano, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013, 563 s.

^[10] L'introduzione di sistemi ed allerta e prevenzione specifici e collegati al sistema di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c., completa con meccanismi di *solvency test* il microsistema (in cui tuttavia non mancano criticità interpretative).

^[11] Cfr. G. D'Attorre, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò - A. Catricalà, *Le società pubbliche*, Roma, 2016, 673 s.

^[12] I giudici amministrativi hanno spesso riqualificato la società muovendo dalla nozione di "organismo di diritto pubblico" (per l'esame delle relative pronunce cfr. Salvato, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in F. Fimmanò, *Le società pubbliche*, cit., 263 s.).

^[13] Chiarissima al riguardo è la S.C. (Cass., SS.UU., 9 marzo 2012, n. 3692, secondo cui la qualificazione della società come organismo di diritto pubblico, rileva solo sul piano della disciplina di derivazione comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica). In questo senso chiaramente anche la Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 24 gennaio 2012, in *Riv. dir. intern.*, 2012, 2, 562 (che distingue chiaramente la forma giuridica del soggetto dalla circostanza che sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio d'interesse pubblico e che disponga a tal fine di poteri che oltrepassano quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli).

^[14] Cass., SS.UU., 22 dicembre 2011, n. 28329, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 12, 1827, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 320 (secondo cui la Rai-Radiotelevisione S.p.a., pur costituendo un organismo di diritto pubblico ed essendo soggetta a varie forme di controllo ed indirizzo pubblici, resta pur sempre una società per azioni, come tale soggetta alle regole privatistiche ove dalla legge non diversamente disposto).

^[15] G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in F. Fimmanò, *Le società pubbliche*, cit., 2011.

^[16] L. Di Nosse, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, 10.

^[17] S. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò, *Le società pubbliche*, cit., 307 s.

^[18] La Conferma arriva anche dalla S.C. secondo cui ai fini dell'esclusione di una società mista dal fallimento non è di per sé rilevante la soggezione al potere di vigilanza e di controllo pubblico, che consista nella verifica della correttezza dell'espletamento del servizio comunale svolto, riguardando la vigilanza, l'attività operativa della società nei suoi rapporti con l'ente locale o con lo Stato, non nei suoi rapporti con i terzi e le responsabilità che ne derivano. Nella specie, la Cassazione ha reputato irrilevante il controllo, ex art. 60, D.L. n. 165 del 2001, afferente il solo costo del lavoro (Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 12). Più in generale la liquidazione concorsuale evita il propagarsi dell'insolvenza e consente una riallocazione delle risorse economiche non utilizzate, costituendo uno strumento di tutela dell'interesse economico generale e quindi l'area di esonero dalle ordinarie procedure concorsuali non può essere indebitamente estesa nel silenzio del legislatore (E. Sorci, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d'insolvenza*, in F. Fimmanò, *Le società pubbliche*, cit., 373).

^[19] Da ultima Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991, cit.

^[20] Cass. 26 giugno 2001, n. 8694, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1262 ed in questa *Rivista*, 2002, 602, con nota di F. Anfuso, *Condizioni di fallibilità dell'impresa collettiva: basta lo scopo od occorre anche l'effettivo esercizio dell'attività commerciale?*; nello stesso senso: Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991; Cass. Pen. 22 novembre 2005, n. 5493, in *Cass. pen.*, 2007, 3, 1253; Cass. 28 aprile 2005, n.

8849, in *Giust. civ.*, 2006, 4-5, I, 902, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4; Cass. 4 novembre 1994, n. 9084, in *Giust. civ.*, 1995, I, 113; Cass. 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1200, con nota di F. d'Alessandro, *Contratto sociale simulato e superamento della personalità giuridica; la giurisprudenza di merito sembra aderire all'indirizzo di maggioranza*; Cass. 10 agosto 1979, n. 4644, in *Giur. comm.*, 1981, II, 71, con nota di R. Rosapepe, *Ancora a proposito della distinzione tra società e impresa*, ed in *Giust. civ.*, 1980, I, 2256; Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Foro it.*, 1977, I, 369, con commento di G. Niccolini; Cass. 22 giugno 1972, n. 2067, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1507; Cass. 22 giugno 1972, n. 2067, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1507; Cass. 10 agosto 1965, n. 1921, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1959, con commento di A. Schermi, *Momento dell'attribuzione dello status di imprenditore commerciale alle società ed assoggettabilità a fallimento*; in *Dir. fall.*, 1967, II, 423, con commento di F. Farina, *Assoggettabilità al fallimento di società commerciali che non esercitano attività imprenditrice?*; Trib. Torino 19 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 544; Trib. Milano 6 luglio 1995, in *Gius.*, 1995, 3743; App. Catanzaro 6 marzo 1993, in *Dir. fall.*, 1994, II, 1012 con nota di Mazza. Trib. Udine 20 ottobre 1997, in questa *Rivista*, 1998, 414, con nota di G. Schiavon, *Considerazioni in tema di fallimento di socio a responsabilità illimitata e del socio receduto*; Trib. Foggia 21 febbraio 1994, in *Dir. fall.*, 1994, II, 639.

[21] A. Patti, *Fallimento delle società commerciali ed esercizio dell'attività di impresa*, in questa *Rivista*, 1995, 622. Questa impostazione è assolutamente prevalente anche se secondo una vecchia tesi, ormai accantonata, occorrerebbe per l'attribuzione dello *status* di imprenditore commerciale un esame in fatto dell'attività svolta, sul presupposto di una mancata coincidenza tra le due nozioni di società ed impresa (al riguardo cfr. U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 144; A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 64; G. Minervini, *L'imprenditore, fattispecie e statuti*, Napoli, 1966, 31; A. Jorio, *Osservazioni in tema di società, inizio dell'impresa commerciale e fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 50; V. Buonocore, *Enciclopedia del diritto, voce Imprenditore*, XX, Milano, 1970, 515; G. Ragusa Maggione, *Imprenditore, Impresa, fallimento*, Padova, 1979, 47).

[22] F. Anfuso, *Condizioni di fallibilità*, cit., 609.

[23] App. Napoli 27 maggio 2013, n. 346, cit., 1299.

[24] Il consolidato orientamento risale addirittura agli anni '40 e rappresenta la naturale evoluzione dell'impostazione del vecchio codice di commercio del 1882, secondo cui erano "commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le società commerciali" (art. 8).

[25] G. Racugno, *Sub Art. 14*, in G. Meo - A. Nuzzo (a cura di), *Commentario al Testo Unico*, Bari, 2016, 203, che evidenzia come si tratta di società comunque destinate ad entrare in contatto coi terzi e quindi aventi natura di diritto comune (in tema anche C. Ibba, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 557).

[26] I. Demuro, *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 557.

[27] Cfr. p. 14, par. 2.2.

[28] Cfr. p. 46 del parere; osservazioni all'art. 3. Nell'ambito "di un secondo modello generale dovrebbero confluire le società strumentali e le società *in house*, con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità maggiore". Nelle osservazioni all'art. 18, in particolare, si rileva che "l'esclusione dal fallimento e dal concordato preventivo, nella impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici

economici, avrebbero finito per incidere sull'esistenza stessa dell'ente stesso. La "essenzialità" dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali...*si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società in house*". Con riferimento alla deroga all'art. 2380 bis c.c., per le società *in house*, non dovrebbe trattarsi di semplice facoltà di discostarsi da tale disposizione, in quanto proprio la struttura del controllo analogo, implica una deviazione dirompente da tale norma. Per il Consiglio, dunque, "in ogni caso, anche se si mantiene l'attuale formulazione, è indubbio che si introduce sull'assetto organizzativo...una deroga così pregnante al tipo societario disciplinato dal codice che impedisce di ravvisare una società che in esso possa essere sussunta. Ed è questa la ragione per la quale si è proposto di inserire autonomamente l'*in house* tra i tipi societari".

[29] In questo caso con il rinvio espresso all'art. 5 comma 5 dei Contratti Pubblici - D.Lgs. n. 50/2016.

[30] Con richiamo espresso all'art. 5, comma 1 del Codice dei Contratti Pubblici.

[31] La Corte d'Appello dell'Aquila rileva come l'art. 4, laddove indica le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, con una finalità generale o "vincolo di scopo pubblico" ("le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali") e le attività specificamente elencate nelle lettere da a) ad e), inserisce anche le società *in house* (comma 4 "Le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2"). Pertanto, trova conferma l'opzione panprivatistica verso una nozione di società a partecipazione pubblica ad ampio raggio.

[32] Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

[33] Corte di Giustizia 18 novembre 1999, in causa C-107/98 Teckal s.r.l. contro Comune di Aviano in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1393 s. In modo più o meno conforme: Corte di Giustizia 10 novembre 1998, BHI Holding contro G. Arnhem - G. Rheden; Corte di Giustizia 9 settembre 1999, R.I.SAN S.r.l. contro Comune di Ischia; Corte di Giustizia 15 giugno 2000, ARGE Gewässerschutz contro Bundersministerium fur Land und Forstwirtschaft.

[34] Al riguardo si rinvia a F. Fimmanò, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014.

[35] T. Miele, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche*, in F. Fimmanò - A. Catricalà, *Le società pubbliche*, cit., 541 s.

[36] D'altra parte proprio il Presidente Rordorf ha avuto modo di evidenziare a proposito delle società pubbliche che non possiamo dimenticare "*come certe affermazioni, magari anche molto suggestive su questo specifico terreno, hanno molteplici riflessi - per esempio nella materia del diritto concorsuale ed in quella del diritto del lavoro - dei quali è doveroso farsi carico. Pur se si voglia predicare un approccio eclettico, o meramente funzionale, non si può ignorare che con larghissima probabilità l'affermazione di un determinato principio ad opera delle sezioni unite della Cassazione, benché magari formulata solo per decidere un regolamento di giurisdizione, è suscettibile di avere un'eco in ambiti diversi, se in quegli ambiti ugualmente ci si trovi poi a discutere della natura giuridica di tali società ed argomentare sull'applicabilità a dette società or*

di questa o di quella disciplina giuridica generale o di settore” (R. Rordorf, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Società*, 2013, 1327).

[37] Trib. Verona 19 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Nola 30 gennaio 2014 - Pres. Tedesco - Est. Savarese, in *www.ilcaso.it*, 2014; Trib. Napoli 9 gennaio 2014, Pres. Di Nosse - Est. Grimaldi, in *www.ilcaso.it*, 2014. Nello stesso senso Trib. Napoli 29 maggio 2014 - Pres. Di Nosse - Est. Graziano che nel caso di Bagnoli Futura S.p.a. dopo un’ampia ricostruzione del fenomeno della società *in house*, ne ha dichiarato il fallimento sul presupposto dell’assenza dei requisiti individuati dalle Sezioni Unite.

[38] Trib. Modena 10 gennaio 2014, Pres. ed Est. Zanichelli, in *www.ilcaso.it*, 2014, (i giudici modenesi hanno correttamente rilevato che anche la circostanza che siano stati conferiti nella società gli impianti necessari per l’erogazione dei servizi, utilizzando una opportunità prevista dall’art. 113, D.Lgs. n. 267/2000, rileva in relazione ai limiti ed alle modalità dell’eventuale liquidazione ma non incide sulla natura della società).

[39] La S.C. ha evidenziato che la finalizzazione della società di capitali alla gestione *in house di un servizio pubblico*, cioè allorché la pubblica amministrazione provvede in proprio al perseguimento di scopi pubblici attribuendo l’appalto o il servizio di cui trattasi ad altra entità mediante il sistema dell’affidamento diretto, c.d. *in house providing*, non muta la natura giuridica privata della società con riguardo alle ricadute previdenziali dei rapporti di lavoro, ma assume rilievo nell’ordinamento nazionale e comunitario con riguardo al mercato e alla tutela della concorrenza. Vigge, pertanto, anche per le società con partecipazione maggioritaria di enti locali, che gestiscono servizi pubblici *in house*, l’obbligo di corresponsione dei c.d. contributi minori e cioè malattia, maternità, assegni familiari, Tfr e Cuaf (Cass., Sez. lav., 23 aprile 2014, n. 9204, in *D&G* 2014, 24 aprile).

[40] La S.C. aggiunge nella sentenza in epigrafe che in siffatto contesto si può affermare che le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società *in house*; sicché il principio generale dettato dal citato 3° comma dell’art. 1 è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso. Ed una disposizione specifica per le società *in house* si rinviene, nell’art. 12 che, come s’è visto, riguarda la giurisdizione in tema di azioni di responsabilità degli organi sociali, ma non anche per quel che attiene alle controversie in materia di nomina o revoca degli organi sociali designati dal socio pubblico” o evidentemente in tema di assoggettabilità alle procedure concorsuali.

[41] Nello stesso senso G. Racugno, *op. ult. cit.*, 202.

[42] Si tratta delle società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b) (art. 2, lett. m). La richiamata lettera b) dell’art. 2 T.U. precisa che per “controllo” si intende “*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*”.

[43] Sul possibile contenuto dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, vedi R. Tiscini - P. Lisi, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell’equilibrio economico-finanziario delle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò - A. Catricalà, *Le società pubbliche*, Roma, 2016, 793 s.

[44] Disegno di legge per delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, licenziato dallo stesso Governo l'11 marzo 2016, l'art. 6, lett. a).

[45] L'art. 13 (Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico) sancisce che "1. Nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'articolo 2409 del codice civile, ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale. 2. Il presente articolo si applica anche alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata".

[46] Ogni amministrazione pubblica socia, anche se in possesso di una minima partecipazione al capitale sociale, qualora ravvisi l'esistenza di gravi irregolarità "è legittimata" al fine di denunciare tali irregolarità al tribunale competente chiamando, quindi, l'autorità alle opportune e necessarie verifiche.

[47] G. Racugno, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 475 s.

[48] Tale piano non è tecnicamente quello attestato di risanamento *ex art. 67*, comma 3, lett. d), l.fall., ma evidentemente può diventarlo.

[49] Sul tema F. Fimmanò - R. Ranucci, *Pubblicità commerciale e sindacato del Conservatore del registro delle imprese*, in *Notariato*, 2014, 486 s.