

preoccupa di specificare cosa si debba intendere per ognuna delle espressioni prescelte. In altri termini, egli non si fa carico di fornire definizioni: discorre di “società a totale o parziale capitale pubblico”³⁵, di “società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali”³⁶, di “società pubbliche”³⁷, di “società a totale o parziale partecipazione pubblica”³⁸, di “società e [...] altri enti di diritto privato [...] sottoposti a controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche”³⁹ e via dicendo, senza mai attribuirvi un significato univoco e dai contorni ben delineati⁴⁰.

In conclusione, può dirsi che il legislatore, nell’individuare i destinatari delle norme da lui stesso dettate, utilizza termini ogni volta differenti, senza però dare ragione di tale differenziazione terminologica, al punto che – imbattendosi in disposizioni di tal fatta – si può arrivare a pensare che le varie espressioni impiegate siano, in ultima istanza, tutte sinonimiche.

A causa del comportamento del legislatore, quel fattore terminologico menzionato all’inizio, di per sé innocuo, sembra sconfinare in un vero e proprio appiattimento semantico, del quale si possono facilmente intuire le conseguenze: il proliferare, a livello di sistema, di tante incertezze quanti sono i termini impiegati, che rendono complicato il lavoro dei giudici e affannoso quello degli studiosi. La domanda, infatti, non è banale: se il legislatore cambia il significante, cioè la forma, allora muta anche il significato di ciò che dice, cioè il contenuto, o questo resta invariato?

2.3. La giurisprudenza.

Passando poi all’esame della giurisprudenza, questa sembra risentire dell’atteggiamento del legislatore nazionale.

³⁵ Art. 1, co. 734, l. 296/2006.

³⁶ Art. 1, co. 550, l. 147/2013.

³⁷ Art. 6, co. 19, d.l. 78/2010 (conv. in l. 122/2010); art. 1, co. 133, l. 56/2014.

³⁸ Art. 4, co. 13, d.l. 95/2012 (conv. in l. 135/2012).

³⁹ Art. 1, co. 2, lett. c), d.lgs. 39/2013.

⁴⁰ Una rassegna analoga a quella presente nel testo si può rinvenire in D. DI RUSSO, *Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?*, op. cit., p. 32, il quale, peraltro, osserva che “risulterebbe vano il tentativo di ricavare dalla legislazione nazionale una definizione unitaria, considerata la magmatica normazione di settore, fatta di disposizioni disorganiche e spesso incoerenti”.

Limitando la nostra attenzione alle pronunce della Suprema Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, il florilegio di espressioni e sintagmi è notevole: “società in mano pubblica”⁴¹, “società interamente in mano pubblica”⁴², “società a partecipazione pubblica”⁴³, “società pubbliche”⁴⁴, solo per citarne alcune. A volte in questi casi, leggendo la parte di sentenza dedicata al fatto, si riesce a individuare la fattispecie cui i giudici fanno riferimento. Si prenda come esempio la sentenza n. 9959 della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, datata 8 maggio 2014, in cui la locuzione “società a partecipazione pubblica” è utilizzata con riguardo ad una società per azioni, costituita da un ente locale, a prevalente capitale pubblico: così, in un successivo passo della pronuncia, essa viene collocata nella categoria delle “società a partecipazione pubblico-privata”, cioè quelle “esercitate secondo modelli paritetici, in cui il ruolo degli enti territoriali corrisponde a quello di un azionista di una società per azioni”. Ad ogni modo, occorre considerare che indicazioni di questo tipo non rappresentino una costante nelle pronunce giurisprudenziali: a volte sono rintracciabili, altre volte no. Ma ciò che è ancor più raro da trovare sono delle vere e proprie definizioni, scritte di proprio pugno dai giudici, e si può anche intuire perché. Essi, di là da ogni grado e funzione, hanno comunque a che fare con singoli casi concreti: devono decidere, individuare una soluzione, dare una risposta a chi li interpella, ragion per cui non spendono energie in ciò che non sia strettamente funzionale al raggiungimento di questi obiettivi.

In riferimento alla giurisprudenza, si può dunque concludere osservando che essa, in considerazione del comportamento del legislatore, non pare interessarsi di questioni terminologiche o semantiche, perlomeno in maniera esplicita: evita di andare alla ricerca di improbabili nozioni e rinuncia a stabilire corrispondenze biunivoche tra forme e contenuti; tutt'al più, nella migliore delle ipotesi, indica caso per caso a quali fattispecie si riferisce nel momento in cui utilizza determinate espressioni.

⁴¹ Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2014, n. 897, in www.dejure.it.

⁴² Cass., S.U., 10 marzo 2014, n. 5491, in www.dejure.it.

⁴³ Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 2014, n. 2764; Cass., Sez. Lav., 8 maggio 2014, n. 9959, entrambe consultabili in www.dejure.it.

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2014, n. 2362, in www.dejure.it.

2.4. La dottrina.

Giunti a questo punto, è tempo di vagliare la dottrina: è stata questa, forse più di tutti, ad addentrarsi nelle pieghe del linguaggio, alla ricerca d'indicazioni sempre più chiare e, per quanto possibile, univoche.

Orbene, anche in ambito dottrinale le locuzioni nelle quali ci si imbatte sono numerose ma, volendo sintetizzare, quelle maggiormente diffuse sembrano essere tre: “società a partecipazione pubblica”, impiegato fino a questo momento; “società pubbliche”; “società in mano pubblica”. Rispetto ad esse, è interessante notare i diversi atteggiamenti degli studiosi: a fronte di alcuni che, dopo aver dato conto della pluralità di espressioni utilizzate, tentano di attribuire a ciascuna di esse un significato uniforme e dai contorni ben delineati⁴⁵, ve ne sono altri che invece ne utilizzano solo una, a volte cimentandosi nell'individuazione di un significato⁴⁶, a volte nemmeno⁴⁷.

In ogni caso, il sintagma connotato dal maggior grado di onnicomprensività sembra essere quello di “società pubbliche”: con esso, infatti, diversi autori si riferiscono non solo a società partecipate da enti pubblici, ma anche a società rispetto alle quali enti pubblici, pur non partecipando al capitale sociale, sono in grado di esercitare un controllo. Queste, ad esempio, le parole di Carlo Ibbà: “con tale espressione si designano comunemente enti societari (e dunque privati) a partecipazione pubblica, nei quali, cioè, pubblico non è l'ente considerato bensì i soggetti – o alcuni dei soggetti – che vi partecipano; tanto che [...] si distinguono, usualmente, società a partecipazione pubblica minoritaria, maggioritaria, totalitaria. Ampliando un po' la categoria, possiamo ricomprendervi anche società che, pur non essendo partecipate da uno o più enti pubblici, ne subiscono però in qualche modo il

⁴⁵ Cfr. M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 4,

⁴⁶ V., ad es., R. RORDORF, *Le società “pubbliche” nel codice civile*, in *Soc.*, 2005, p. 423 e ss., in part. p. 424, dove l'Autore prova a fornire una (senza dubbio originale) definizione del sintagma da lui prescelto: ‘società pubbliche’; oppure M. CASAVECCHIA, *Le società in mano pubblica*, in *NDS*, 2014, 10, p. 64, che indica cosa si può intendere per ‘società in mano pubblica’.

⁴⁷ V., ad es., F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, op. cit., p. 239 e ss., il quale, pur utilizzando in maniera costante l'espressione ‘società pubbliche’, non ne fornisce una definizione: dopo qualche annotazione iniziale di carattere storico, l'Autore passa subito all'esame dei problemi riguardanti le società in questione, per poi tentare di ricostruirne la disciplina. V. anche F. DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 770 e ss., che, stante l'ambiguità del sintagma ‘società pubbliche’, rinuncia ad individuarne un significato definito.

controllo o, per così dire l'influenza"⁴⁸. Stando a queste indicazioni, appare chiaro che l'assunzione della qualità di socio da parte dell'ente pubblico non è una condizione necessaria affinché si possa parlare di società pubblica, essendo a tal fine sufficienti "clausole statutarie o vincoli contrattuali che, in ragione di un generale interesse pubblico, giustificano l'interesse alla società o all'attività della società"⁴⁹.

Tuttavia, scorrendo gli studi dei numerosi autori che impiegano il termine "società pubbliche"⁵⁰, si nota un'incostanza di significati considerevole, tale per cui, ciò che nelle intenzioni di qualcuno avrebbe dovuto essere una nozione, in realtà diventa una delle tante "letture" possibili, una semplice descrizione, più o meno puntuale. Così si esprime Giulio Napolitano: "Spesso l'espressione è usata in senso enfatico, per sottolineare come talune società siano sottoposte ad una disciplina speciale, tendenzialmente pervasiva, contenuta in leggi specificamente destinate a contemperare i connotati societari con le finalità pubbliche; oppure per indicare ipotesi in cui, a prescindere, dalla partecipazione azionaria pubblica, alcune società sono comunque sottoposte al controllo di enti pubblici, in base a previsioni legali o a vincoli contrattuali. Talora, tuttavia, l'attributo pubblico è predicato addirittura per identificare la natura giuridica delle società, che, secondo alcuni studiosi e una parte della giurisprudenza, sarebbero veri e propri enti pubblici in forma societaria, in via di principio sottoposti alle norme del diritto amministrativo"⁵¹.

⁴⁸ C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, pp. 1 e ss.

⁴⁹ I. DEMURO, *Introduzione alla disciplina delle società in mano pubblica*, in *Il nuovo diritto societario, nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, 2009, p. 861; opinione espressa anche in ID., *La partecipazione del privato*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI, op. cit., p. 279.

⁵⁰ A utilizzare questa espressione sono numerosissimi autori, che si evita di citare sia per ragioni di spazio, sia perché essi sono facilmente individuabili: molto spesso è sufficiente guardare il titolo del contributo citato per comprendere quale sia l'espressione prescelta.

⁵¹ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1000 e ss., che definisce quello di "società pubbliche" come un "sintagma fino a poco tempo fa estraneo al lessico giuridico italiano". Tali osservazioni sono fatte proprie da diversi autori, tra cui: L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 604 e ss.; ID., *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 38., dove si parla di una "locuzione dal significato incerto, riferibile a fattispecie assai diverse"; F. FIMMANO, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Soc.*, 2013, p. 977.

Insomma, il termine in parola è impiegato da ciascun autore con significati differenti, più o meno ampi, in grado di comprendere un numero maggiore o minore di tipologie societarie⁵².

Per quanto riguarda invece la locuzione “società a partecipazione pubblica”, la sua comprensione può risultare facilitata dalle parole di Alfonso Papa Malatesta: per “partecipazione pubblica” si intende “il fenomeno della titolarità da parte di soggetti pubblici di quote di partecipazione in società di capitali”⁵³. L’espressione *de qua*, pertanto, è utilizzabile solo ed esclusivamente qualora un ente pubblico assuma la qualità di socio⁵⁴, mentre si dimostra inadeguata nel caso in cui l’influenza dell’ente sulla società si realizzi per vie differenti, qualificabili – approssimativamente – come “esterne”⁵⁵.

Chiarito ciò, è evidente che le partecipazioni assunte da enti pubblici in società di capitali non sono tutte uguali, ma possono avere di volta in volta una diversa consistenza: possono aversi, cioè, partecipazioni minoritarie che non garantiscono il controllo della società, minoritarie che lo garantiscono, maggioritarie, totalitarie⁵⁶. Di conseguenza, anche i modelli di società a partecipazione pubblica non sono identici, ma si distinguono in società a partecipazione pubblica minoritaria, società a partecipazione pubblica prevalente, società a partecipazione pubblica totalitaria: nelle ultime due ipotesi siamo senza dubbio in presenza di un controllo (da parte dell’ente

⁵² Cfr. F. DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO, op. cit., p. 384: “Molto ambiguo è il sintagma «società pubblica», estendendosi la forza denotativa dall’area delle c.d. società *in house providing* al territorio delle società semplicemente partecipate da pubbliche amministrazione”.

⁵³ A. PAPA MALATESTA, *Partecipazioni pubbliche*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, X, p. 693.

⁵⁴ Come ricorda G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, 1979, p. 152, i titolari della partecipazione possono essere svariati soggetti: “le partecipazioni pubbliche si possono distinguere in partecipazioni dello Stato, delle regioni o degli altri enti locali. Si possono poi distinguere in modo più analitico in partecipazioni di specifiche amministrazioni o enti pubblici a scopi particolari”.

⁵⁵ Come, ad esempio, nel caso del contratto di servizio stipulato fra un ente locale e la società erogatrice di un determinato servizio pubblico: cfr. C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, op. cit., p. 2.

⁵⁶ Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, op. cit., p. 147: “Le partecipazioni pubbliche si distinguono secondo che la partecipazione nella società rappresenti la minoranza del capitale, la minoranza di controllo, la maggioranza assoluta, l’intero capitale sociale”. Per quanto riguarda le partecipazioni minoritarie che non consentono il controllo della società, M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 4, in nota 1 afferma che “Si deve tener conto, peraltro, del fatto che l’interesse pubblico che giustifica la partecipazione pubblica da una società per azioni non necessariamente implica il potere di determinare unilateralmente la politica aziendale e, quindi, una partecipazione di controllo”.

pubblico) *ex art. 2359 co. 1, num. 1) c.c.*, mentre nella prima ciò non è possibile, potendosi verificare tutt'al più una situazione di controllo (sempre da parte dell'ente pubblico) *ex art. 2359 co. 1, num. 2) c.c.*, qualora il capitale sociale sia fortemente frazionato⁵⁷.

La concreta presenza (a prescindere dalla particolare veste assunta⁵⁸) di un controllo azionario esercitato da un ente pubblico, spinge poi alcuni autori a utilizzare un'espressione *ad hoc*, la terza che abbiamo indicato: "società in mano pubblica". Come nel precedente caso, anche qui può essere utile far riferimento alle parole chiare e sintetiche di uno studioso occupatosi del tema, Francesco Galgano: "È «in mano pubblica», secondo una formula corrente, la società per azioni della quale lo Stato o altri enti pubblici detengono la totalità o la maggioranza delle azioni o, comunque, un numero di azioni sufficiente ad assicurare, anche di fatto, il controllo della società"⁵⁹. Questa locuzione sarebbe dunque evocativa di una circostanza ben precisa: quella in cui un ente pubblico, per il tramite della partecipazione detenuta, controlla la società della quale è socio. Ciò al punto che, seguendo le indicazioni dell'Autore appena citato, le "società in mano pubblica" non rappresenterebbero altro che una particolare categoria di "società a partecipazione pubblica", un sottoinsieme di queste in cui, all'elemento comune della partecipazione pubblica al capitale, si aggiunge quello del controllo pubblico sulla società⁶⁰.

⁵⁷ Questo il testo dell'art. 2359 c.c., rubricato *Società controllate e società collegate*: "Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei nn. 1 e 2 del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati". Sebbene si parli espressamente di società controllate da altre società, la riferibilità di questa norma a società controllate da pubbliche amministrazioni è testimoniata dallo stesso legislatore: cfr. art. 1, co. 2, lett. c), d.lgs. 39/2013; art. 20, co. 1, d.l. 66/2014.

⁵⁸ Per una disamina, sintetica ma efficace, delle diverse tipologie di controllo previste dall'art. 2359, co. 1 c.c., v. G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, 2009, p. 669 e ss.

⁵⁹ F. GALGANO, *La società per azioni*, op. cit., p. 453; negli stessi termini, più di recente, ID., *Diritto commerciale. Le società*, 2012, p. 445. Nonostante la definizione fornita dall'autore faccia esclusivo riferimento alla società per azioni, essa è valida anche per il caso in cui ad essere controllata sia una società a responsabilità limitata: infatti, come si avrà modo di constatare in seguito, questa tipologia societaria è senza ombra di dubbio utilizzabile dalla PA per il raggiungimento dei propri scopi.

⁶⁰ Cfr. M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 4, che definisce l'espressione "società in mano pubblica" come "più riduttiva" rispetto a quella di "società a partecipazione pubblica". Questa, in sintesi, l'opinione dell'Autrice: la seconda espressione sarebbe in

Tuttavia, è pur vero che l'immagine della "mano pubblica", utilizzata per enfatizzare il rapporto di soggezione che lega la società all'ente pubblico, potrebbe prestarsi a descrivere con successo anche quella situazione in cui, pur mancando una partecipazione al capitale da parte di un ente pubblico, questi riesca comunque ad esercitare un controllo sulla società. Insomma, se il tratto caratterizzante dell'espressione "società in mano pubblica" è, come sembra, il controllo pubblico esercitato sulla società medesima, essa potrebbe essere comodamente utilizzata per riferirsi anche a casi in cui questo requisito è soddisfatto per una via diversa da quella della partecipazione al capitale sociale.

2.5. Un cambio di prospettiva necessario.

Ciò che emerge è una situazione tanto chiara quanto sconcertante: l'atteggiamento del legislatore lascia aperto il problema definitorio delle società in questione e si ripercuote a cascata sugli operatori, i quali navigano nell'incertezza. Questi, infatti, o eludono a loro volta il problema, oppure spendono energie in tentativi che producono risultati dai contorni assai ristretti e limitati.

Oltretutto, non bisogna dimenticare quanto detto in principio riguardo all'impossibilità di racchiudere in un'unica categoria una realtà giuridica che, al contrario, rappresenta "un vero e proprio arcipelago senza criteri unificanti"⁶¹: constatazione, questa, sulla quale concordano tutti gli studiosi⁶².

grado di riassumere tutte le ipotesi in cui un ente pubblico detenga una partecipazione, anche non di controllo, al capitale di una società; la prima, invece, potrebbe essere riferita solo ed esclusivamente ai casi in cui l'ente pubblico detenga una partecipazione di controllo. Tale convinzione sembra essere propria anche di E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 1 e ss., la quale, incentrando il suo saggio sulla "società in mano pubblica", in nota 1 definisce con maggior precisione il campo d'indagine prescelto affermando che "Sebbene nella prassi diversi siano i modelli i modelli di società a partecipazione pubblica, che si distinguono tra loro a seconda che la partecipazione del socio pubblico sia maggioritaria, minoritaria, di controllo (totale o parziale), in questa sede si intende prendere in considerazione solo l'ipotesi della società a prevalente partecipazione pubblica".

⁶¹ G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Controlli societari e governo dell'impresa*, a cura di A. PREDIERI, 1999, p. 111.

⁶² Cfr., oltre ai numerosi Autori citati in nota 3, anche P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *NDS*, 2010, 3, p. 11 e ss.; C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *NDS*, 2010, 3, p. 20; M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, 1992, VIII, p. 4, la quale, già vent'anni fa, affermava perentoriamente che "non esiste nell'ordine positivo «la società a partecipazione pubblica» come autonoma ed unitaria categoria giuridica; esistono, se si vuole, «le società a partecipazione pubblica»".

Insomma, andare alla ricerca di definizioni sintetiche ed esaurienti, capaci di sussumere sotto di sé il multiforme fenomeno di quelle che continueremo a chiamare, stante l'inesistenza di un'espressione corretta, società a partecipazione pubblica, sembra davvero inutile⁶³. Un simile tentativo sfocerebbe, infatti, in un vagabondare senza meta.

Per di più, se si aggiunge che ciò che qui interessa è, in prima battuta (e utilizzando una metafora), scattare una fotografia della situazione attuale, così da fornire uno sguardo d'insieme sullo sconfinato panorama che ci circonda, per poi isolare, in un secondo momento, quelle particolari tipologie di società a partecipazione pubblica cui limitare la presente indagine⁶⁴, un cambio di prospettiva è quanto mai opportuno.

Allora ecco che, da questo momento in avanti, non si parlerà più di definizioni, (rispetto alle quali una individuazione rigorosa, in termini di generalità e astrattezza, si è rivelata impossibile): subentrerà, al loro posto, un elenco di tipologie societarie e, in seguito, la selezione di alcune di queste, accompagnata da una breve descrizione.

3. Il “ripiego” su una rassegna di tipologie societarie.

3.1. La pluralità dei criteri distintivi utilizzabili.

Per tracciare un quadro completo occorre dunque abbandonare le definizioni e procedere attraverso una rassegna di tipologie: operazione, questa, molto frequente negli studi sul tema⁶⁵.

Si tratta di un passaggio quasi obbligato, anche per quegli autori che, per ragioni di completezza, utilizzano termini i più generali possibili, scorrendo ad esempio di

⁶³ Pare condividere questa opinione M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 564, quando afferma che “Qualunque elemento, tra i molti possibili, si ponga a discriminare tra le società partecipate dallo Stato e dagli enti pubblici, quel che emerge è che le differenze tra esse esistenti [...] sono tali e tante da avere originato diversi sistemi di regole giuridiche in merito al governo ed all'azione della società”.

⁶⁴ *Supra*, pp. 2-3.

⁶⁵ Cfr., *ex multis*, M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 93 e ss., che già vent'anni fa intitolava un paragrafo della propria monografia “Tipologia delle società a partecipazione pubblica e interesse pubblico alla partecipazione sociale” (§ 14, cap. I).

“società pubbliche”⁶⁶. Com’è stato efficacemente osservato poco sopra, questo sintagma ha comunque un significato labile, riferibile a fattispecie non riducibili ad unità: non a caso c’è chi, pur impiegandolo nelle proprie indagini, rinuncia a definirlo, dichiarando fin da subito che esso “si presta [...] ad identificare ipotesi che spaziano da quella in cui lo Stato o altri enti pubblici sono detentori della totalità delle partecipazioni di una società di capitali, ovvero di una partecipazione di controllo, al caso in cui esse possiedono una partecipazione di minoranza, alle fattispecie, tra le altre, delle società sottoposte ad una particolare influenza da parte del primo o dei secondi”⁶⁷. Procedendo in questa direzione, si possono poi individuare (in sintesi e senza pretese di completezza sistematica) società costituite direttamente dalla legge statale o regionale ovvero con delibera dell’ente pubblico per lo svolgimento di vere e proprie funzioni amministrative; società specificamente costituite per la produzione o erogazione di beni e servizi non destinati al mercato ma all’esclusivo interesse del socio pubblico; società che svolgono attività imprenditoriali in mercati concorrenziali e non⁶⁸.

Da questi brevi elenchi emerge che i criteri distintivi, utilizzabili per classificare le società a partecipazione pubblica, sono assai numerosi: dalla modalità giuridica di creazione all’attività svolta, dalla composizione del capitale sociale fino al contesto entro il quale la società opera, passando per le caratteristiche del socio pubblico. Non una variabile, dunque, ma molte variabili originano ed alimentano i differenti regimi giuridici delle società a partecipazione pubblica⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, op. cit., p. 1 e ss, il quale non può prescindere dall’operazione che anche noi ci accingiamo a compiere, conscio del fatto che “In realtà, non una ma più classificazioni – e dunque più tipologie – sembrano (doverosamente) proponibili nella nostra materia”.

⁶⁷ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 604-605; ID., *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 38. Nello stesso senso: F. FIMMANO, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, op. cit., p. 977.

⁶⁸ Cfr. F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, op. cit., p. 723. Per altre classificazioni di questo tipo, v. A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, op. cit., p. 63; M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 1183 e ss.; F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, voce in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, 2006, VI, p. 5600 e ss.

⁶⁹ Cfr. M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell’interesse e procedimento di costituzione*, op. cit., p. 565. Riferisce di “una sempre più nutrita serie di variabili, in relazione alle quali la disciplina si diversifica e delle quali l’interprete deve perciò, di volta in volta, tenere conto”, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, op. cit., p. 3; “variabili” di cui parla anche D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo*

3.1.1. La modalità giuridica di creazione.

Per quanto riguarda l'aspetto genetico, le vie percorribili sono due: la prima è quella ordinaria, contrattuale o per atto unilaterale secondo le previsioni del libro quinto del codice civile, in cui la creazione della persona giuridica è diretta attuazione della capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni ed in cui la scelta per il modello societario è il frutto della discrezionale valutazione dell'ente costituente; la seconda è quella del potere, in cui la fonte della società sta o direttamente in una previsione di legge oppure in una combinazione tra una previsione generica della legge ed una sua puntuale definizione in atti amministrativi⁷⁰. In questo secondo caso, poiché “la via genetica pubblicistica si accompagna alle più forti deroghe al regime ordinario delle società di capitali”⁷¹, si ha a che fare con le c.d. società per azioni legali di diritto singolare statale, cioè con “enti metaindividuali qualificati espressamente come società per azioni da atti legislativi statali *ad personam* che (di regola) dettano contemporaneamente – per ciascuno di essi e con un diverso grado di frammentarietà – una particolare disciplina giuridica espressa”⁷².

delle società partecipate da enti pubblici, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, op. cit., p. 133.

⁷⁰ Cfr. M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, op. cit., p. 566.

⁷¹ M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, op. cit., p. 567, il quale sottolinea che la disciplina della società è direttamente connessa alla modalità di creazione.

⁷² P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, p. 1. L'Autore, in seguito (p. 3), specifica che i “tre caratteri normativi che hanno consentito di individuare le fattispecie da indagare” sono “rappresentati, rispettivamente, dalla legalità (statale) e dalla singolarità delle discipline giuridiche cui risultano sottoposti gli enti esaminati, nonché dalla qualificazione societaria eteronoma di questi ultimi”: tali elementi o caratteri normativi (analizzati, uno per uno e nello specifico, da p. 8 in poi) fondano il “criterio selettivo dell'oggetto dell'analisi”. Sempre in tema di creazione, per via legislativa o provvedimentale, di società di diritto singolare o speciale, v. anche M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 391 ss.; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, 2009.

Da segnalare il contributo di C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, op. cit., p. 525 e ss., poi confluito nella fondamentale monografia sul tema, ID., *Le società “legali”*, 1992.

3.1.2. L'attività esercitata.

Passando poi al piano dell'attività esercitata, alla distinzione tradizionale tra società che svolgono attività d'impresa e società chiamate a condurre attività non imprenditoriali⁷³, si è aggiunta quella, più recente, tra "società di mercato" e società "semi-amministrazioni", ripartite, a loro volta, in tre figure⁷⁴. Quest'ultima distinzione è nata dall'esigenza di differenziare il regime delle società a partecipazione pubblica operanti sul mercato da quello dei soggetti che, pur avendo forma societaria, sono di fatto parte della pubblica amministrazione⁷⁵; esigenza colta, tra gli altri, anche dalla Corte Costituzionale⁷⁶.

⁷³ Peraltro, già cinquant'anni fa, S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, voce in *Enc. dir.*, 1959, IV, p. 774 e ss, dipingeva le classificazioni tradizionali come inadeguate a dar conto della varietà di espressioni dell'azionariato pubblico, caratterizzato da una molteplicità di manifestazioni e di modelli attuativi. Non a caso M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, op. cit., p. 565, propone una distinzione più articolata, che individua: società che svolgono attività meramente economiche; società che svolgono attività qualificabili come servizio pubblico in senso stretto; società che svolgono vere e proprie funzioni amministrative. La progressiva diffusione di società che non svolgono attività d'impresa è evidenziata anche da M. CAMELLI-M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, op. cit., p. 6 e ss.: "Quello che l'esperienza degli ultimi anni sembra offrire in ambito nazionale (in quello locale il processo parrebbe più lento) è dunque uno scenario in cui progressivamente perdono diffusione ed importanza le società a partecipazione pubblica che gestiscono attività d'impresa, mentre contemporaneamente si diffonde l'uso della società per azioni come modulo organizzativo di funzioni e servizi pubblici".

⁷⁴ La distinzione è stata formulata nel Rapporto Assonime del settembre 2008, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, in www.assonime.it, che, con riferimento specifico alle società pubbliche "semi-amministrazioni", distingue tra il modello delle società *in house*; le società alle quali sono attribuite funzioni pubbliche; le società deputate a svolgere servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative. Su tale distinzione, v. M. FRACANZANI, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, relazione tenuta al convegno *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Roma, 13 maggio 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ Cfr. C. IBBA, *Tipologie e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, op. cit., p. 18 e ss., il quale, inoltre, ritiene che "questa prospettiva – seppur semplificatrice di una realtà assai più variegata – meriti senz'altro di essere coltivata; ed effettivamente, se si riuscirà a tener distinte le due diverse tipologie di società, riconducendo integralmente al diritto comune la prima e riservando controlli, vincoli e regimi pubblicistici – nei limiti di necessità e proporzionalità – alla seconda, un buon passo avanti sarà stato compiuto". Per ulteriori valutazioni sulla distinzione formulata nel Rapporto Assonime, v. M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 1 e ss.; A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, op. cit., p. 68 e ss.

⁷⁶ Il riferimento è a due sentenze in cui è valorizzata, nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, la distinzione tra società che svolgono attività d'impresa e società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica: Corte. Cost., 1 agosto 2008, n. 326; Corte. Cost., 8 maggio 2009, n. 148.

3.1.3. La composizione del capitale sociale (e i riflessi sulla governance).

È poi possibile classificare le società a partecipazione pubblica in base alla composizione del capitale sociale e, quindi, in base alla *governance*, dato che la prima normalmente si riflette sulla seconda. Così, vi sono società a totale partecipazione pubblica; società miste pubblico-private, nelle quali gli enti pubblici svolgono un'influenza dominante; società miste pubblico-private, nelle quali, invece, gli enti pubblici sono semplicemente titolari di partecipazioni "formali", nel senso che spesso hanno "residui" di partecipazioni minoritarie in società di ogni genere, oppure utilizzano la partecipazione al capitale come forma di "partecipazione politica" al progetto portato avanti dalla società⁷⁷.

Tuttavia, come evidenziato in precedenza, non va dimenticato che esistono anche società in cui si manifestano un'influenza o un controllo pubblici pur mancando una partecipazione pubblica al capitale: casi, questi, in cui si spezza il legame tra (entità della) partecipazione e *governance*.

3.1.4. Il contesto operativo.

⁷⁷ Cfr. M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, op. cit., p. 1183 e ss., con numerosi esempi in nota 27. Il modello speciale della società mista a capitale pubblico minoritario (previsto dall'art. 116, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il *Testo Unico degli enti locali*) è analizzato da A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI-M. DUGATO, op. cit., p. 37 e ss. Per uno sguardo più generale sulle società a partecipazione mista, sia a livello statale sia a livello locale, si vedano invece i contributi di G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 391 e ss.; G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI-M. DUGATO, op. cit., p. 312 e ss.; I. DEMURO, *La partecipazione del privato*, op. cit., in part. p. 282 e ss.; F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura dello stesso Autore, op. cit., p. 97 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 2009, pp. 44-45; L. ZANETTI, *Le società a partecipazione pubblica nel governo del territorio*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI-M. DUGATO, op. cit., in part. p. 336 e ss.; nonché la recente monografia di S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, 2012. Una tipologia particolare di società a partecipazione mista, quelle quotate in mercati regolamentati, è studiata da S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "golden share" ai fondi sovrani)*, in *Le società "pubbliche"*, a cura C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI, op. cit., p. 187 e ss.

Alcune società a partecipazioni pubblica operano su un piano nazionale o internazionale, mentre altre hanno un raggio d'azione puramente regionale o locale: anche questo aspetto (che potremmo definire “geografico”) può essere utilizzato come criterio per una classificazione⁷⁸. Allo stesso modo, il fatto che alcune di esse operino in settori monopolistici o oligopolistici, mentre altre, invece, nel mercato aperto, può fondare ulteriori categorie in cui suddividere le società a partecipazione pubblica⁷⁹.

3.1.5. Le caratteristiche del socio pubblico.

I titolari di quote di partecipazione in società di capitali possono essere svariati soggetti: Stato, regioni, province, comuni, enti pubblici di vario genere⁸⁰. È perciò possibile, tenendo conto di questo, distinguere tra società a partecipazione pubblica statale, regionale, locale e così via⁸¹.

3.2. L'individuazione delle tipologie societarie oggetto d'indagine.

Quello appena concluso è uno scorcio, un colpo d'occhio sulle diverse tipologie di società a partecipazione pubblica, individuabili attraverso le variabili indicate. Tuttavia, come si comprenderà tra poco, quest'operazione si rivela utile non solo sul piano conoscitivo: essa facilita anche ciò che stiamo per compiere.

È giunto infatti il momento di delimitare l'oggetto da indagare nel presente studio e, nel compiere ciò, la rassegna appena effettuata si rivela molto utile: a partire da ciascuna delle variabili individuate, si potranno scegliere, tra quelle elencate, le società da considerare e quelle da escludere.

⁷⁸ Cfr. A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, op. cit., p. 63.

⁷⁹ Cfr. A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, op. cit., p. 63; M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, op. cit., p. 565, che distingue tra “società che operano nel mercato e società che sono poste fuori di esso”.

⁸⁰ Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, op. cit., p. 152.

⁸¹ Adotta questa prospettiva, al fine di indicare le principali società a partecipazione pubblica, F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 5600-5601.

Così, per quanto riguarda la modalità giuridica di creazione, includiamo nel presente studio le società costituite secondo le modalità ordinarie previste dal codice civile, mentre escludiamo quelle nate per altre vie, in particolare le società c.d. legali⁸².

Sul piano dell'attività esercitata, invece, non ci poniamo limitazioni. Stando alle distinzioni effettuate in precedenza, a rigor di logica non dovremmo occuparci di società che non svolgono attività d'impresa, poiché la soggezione alle disposizioni sul fallimento è prevista solo per gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale⁸³. In verità, come si avrà modo di notare più avanti nel corso della trattazione, la reale sussistenza di società che non svolgono attività d'impresa è questione controversa; per cui, almeno in partenza, evitiamo di escludere fattispecie societarie dal nostro campo d'indagine basandoci su questa variabile.

Considerando poi la composizione del capitale sociale e i relativi riflessi sulla *governance*, segnaliamo subito che non vengono prese in considerazione società nelle quali manchi una partecipazione al capitale da parte di pubbliche amministrazioni. A questa prima ed importante precisazione, se ne aggiunge un'altra: le ipotesi che si prendono in considerazione sono solo quelle di società a totale partecipazione pubblica e di società a partecipazione mista pubblico-privata, in cui però la partecipazione pubblica sia prevalente.

La ragione è presto detta: in caso di partecipazione minoritaria (escludendo quello, più di scuola che reale, in cui essa garantisce comunque il controllo della società), la pubblica amministrazione può esercitare i soli diritti previsti a favore di qualsiasi socio di minoranza, senza che ciò comporti conseguenze particolari; non è così, invece, quando si ha a che fare con partecipazioni maggioritarie o totalitarie, poiché qui la pubblica amministrazione può assumere poteri di indirizzo della società, tali da condizionare in modo più o meno significativo la disciplina applicabile⁸⁴.

⁸² Locuzione sintetica per indicare quelle società istituite, trasformate o comunque disciplinate con legge speciale: cfr. E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 1 e ss., in part. nota 1.

⁸³ Cfr. art. 1, co. 1, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267.

⁸⁴ Molto chiare al riguardo le parole di G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, op. cit., p. 163 e ss. Egli, dopo aver ricordato che "La proprietà dei beni economici è di tutti i soci" mentre "L'iniziativa economica, invece, appartiene alla maggioranza che controlla la società", prosegue: "Differenti sono pertanto le conseguenze sulla società della presenza del socio pubblico, secondo che la sua partecipazione sia minoritaria o di controllo [...] Quando la partecipazione pubblica è minoritaria le peculiarità della posizione del socio pubblico si riflettono limitatamente sulla società, senza che ne derivino conseguenze praticamente importanti: ciò in quanto le conseguenze stesse restano circoscritte al profilo della proprietà dell'azione e dei poteri che la legge

Per quanto riguarda il contesto (inteso in entrambi i significati prospettati sopra: “geografico” e non) entro il quale le società a partecipazione pubblica si trovano ad operare, come nel caso dell’attività svolta non ci poniamo limitazioni, segnalando fin da subito, però, che la stragrande maggioranza dei casi di fallimento vede coinvolte società operanti a livello locale.

Da ultimo, le caratteristiche del socio pubblico: anche qui, non escludiamo alcun tipo di società *a priori*, anche se resta valida l’affermazione appena fatta, per cui, in ambito fallimentare, le ipotesi più frequenti sono quelle in cui il socio è un ente locale.

In sintesi, al termine di questa *actio finium regundorum*, il risultato ottenuto è paragonabile ad un genotipo societario, dotato dei seguenti caratteri: costituzione tramite contratto o atto unilaterale secondo le previsioni del libro V del codice civile; svolgimento di qualsiasi tipologia di attività; presenza di una partecipazione pubblica al capitale, prevalente o totalitaria; operatività in tutti i contesti geografici e in tutti i settori economici, aperti o meno al mercato; socio pubblico di qualunque genere. Le società a partecipazione pubblica prese in considerazione nel presente studio saranno, da questo momento in poi, solo quelle che soddisfano, contemporaneamente, tutti i suddetti requisiti.

4. *In house providing*: cenni e rinvio.

Giulio Napolitano, in uno scritto intitolato *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, a un certo punto afferma che “il quadro tipologico delle società pubbliche è reso ancora più complicato dalla comparsa di società definite «*in house*», interne cioè ad un ente pubblico, perché quest’ultimo esercita su di esse un controllo equiparabile a quello operato sui propri uffici”⁸⁵.

La società *in house* ha un’origine comunitaria legata agli appalti⁸⁶. Infatti, l’espressione *in house providing* è comparsa per la prima volta nel Libro Bianco sugli Appalti del 1998, in cui la Commissione ha utilizzato la locuzione “appalto *in house*”

riconosce alle minoranze non di controllo [...] Le conseguenze più importanti si verificano quando, attraverso l’assunzione del controllo della società, l’ente pubblico acquista la disponibilità dei poteri d’indirizzo della società”.

⁸⁵ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., p. 1010.

⁸⁶ Mette in luce questo aspetto, tra gli altri, G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, op. cit., p. 319

per indicare gli appalti “aggiudicati all’interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un’amministrazione e una società da questa interamente controllata”⁸⁷.

In sintesi, con l’espressione *in house providing* s’intende la produzione in proprio o autoproduzione di beni, servizi e lavori da parte delle amministrazioni pubbliche, in deroga alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni⁸⁸. Deroga che, si vedrà tra poco, è stata ritenuta legittima dalla Corte di giustizia, al ricorrere di determinate condizioni.

A questo punto, occorrono subito alcuni chiarimenti. Di primo acchito, il termine “autoproduzione” rimanda a una situazione in cui la pubblica amministrazione – bisognosa di beni, servizi e lavori – decida di soddisfare da sé le proprie esigenze, senza rivolgersi al mercato (inteso quale platea indistinta di operatori che possono fornire le utilità di cui ha bisogno la P.A.), ma incaricando direttamente le proprie articolazioni interne. Ebbene, perché dovrebbe farsi luogo all’applicazione, in una situazione di tal fatta, delle procedure di gara previste dalla normativa europea in tema di appalti e concessioni? Infatti, stando così le cose, non sembrano ravvisabili ipotesi di pregiudizio per la parità di trattamento degli altri operatori economici e per il rispetto della concorrenza⁸⁹: la pubblica amministrazione si rivolge alle proprie articolazioni interne, evidentemente prive di soggettività separata, dando vita ad un servizio “fatto in casa”⁹⁰.

Il problema, in realtà, risiede nella corretta individuazione della fattispecie cui il termine “autoproduzione” si riferisce. Come emerge dalle summenzionate parole della Commissione, contenute nel Libro Bianco del 1998, il termine autoproduzione o *in house providing* indica una situazione in cui “l’amministrazione provvede all’affidamento della prestazione non a un suo dipartimento interno, ma un soggetto [...] formalmente esterno all’amministrazione, ma sul quale la stessa amministrazione

⁸⁷ Cfr. C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. app.*, 2008, p. 1403.

⁸⁸ In questo senso, M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società “pubbliche”*, a cura C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI, op. cit., p. 243; nonché E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, 2011, p. 29

⁸⁹ Sulle funzioni rivestite, per il diritto comunitario, della messa in concorrenza di coloro che aspirano a contrarre con un’amministrazione pubblica, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, op. cit., pp. 168-169.

⁹⁰ L’espressione è di E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, op. cit., p. 34.

esercita un controllo talmente penetrante da escludere in radice qualsiasi capacità decisionale autonoma in capo allo stesso⁹¹. Gli esempi portati dalla Commissione sono, in tal senso, chiari: amministrazione centrale-amministrazione locale, amministrazione-società controllata.

Si comprende, a questo punto, perché ci si debba porre il problema dell'applicabilità o meno delle procedure di gara. La P.A. si rivolge a un soggetto esterno alla sua organizzazione: in linea del tutto teorica, ciò dovrebbe costringerla ad avviare un procedimento selettivo, che rispetti il principio della parità di trattamento e favorisca la concorrenza.

Allo stesso tempo, tuttavia, si comprende perché – nel caso specifico dell'autoproduzione – l'applicabilità di dette procedure sia esclusa. La P.A. si rivolge a un soggetto che, pur essendo formalmente esterno ad essa, è talmente compenetrato con e nell'apparato burocratico da risultare una mera propaggine dell'amministrazione medesima⁹².

Tuttavia, tale compenetrazione con e nell'apparato burocratico non può essere intesa in senso generico; al contrario, alla luce delle importantissime conseguenze che si ricollegano allo *status* di mera propaggine della pubblica amministrazione (*i.e.*, la

⁹¹ Così, E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, op. cit., p. 29, che prosegue: “questo modello rappresenta l'alternativa rispetto alle due forme di gestione del servizio previste dal diritto comunitario, la concessione e l'appalto, attraverso le quali le amministrazioni selezionano l'operatore economico all'esito di procedure ad evidenza pubblica, in base ai principi della concorrenza e della competizione. La differenza tra le suddette modalità di selezione è da rintracciare nel fatto che nell'appalto l'amministrazione affida a terzi la produzione di beni e servizi ritenuti necessari, corrispondendo al soggetto selezionato un prezzo per il servizio reso. Nel secondo caso l'amministrazione affida al concessionario l'espletamento di attività in favore dell'ente, accollandosi lo stesso concessionario il rischio della gestione del servizio, con la percezione del corrispettivo direttamente dall'utenza. In entrambi i casi i soggetti erogatori della prestazione sono terzi rispetto all'amministrazione affidante, visto che il titolo giuridico che avvince l'ente affidante e l'operatore economico è rappresentato o dal contratto o dalla concessione”. Cfr. anche S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 495-496.

⁹² “Quando tra l'amministrazione ed un soggetto ad essa esterno esiste un rapporto che permette di considerare il secondo come facente parte, sostanzialmente, dell'organizzazione della prima [...] non vi è motivo di obbligare l'amministrazione a seguire le speciali procedure che garantiscono la scelta dell'offerta più conveniente”: così, F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 176. Si consideri anche F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura dello stesso A., p. 60, ove si osserva che “da un rapporto del genere intercorrente tra l'Ente e la società da esso controllata *in toto*, deriva la considerazione di entrambi i soggetti come parti di un'unica struttura amministrativa, e scaturisce la configurazione dell'affidamento in parola [diretto, ndr] alla stregua di un'ordinaria ripartizione di funzioni e servizi all'interno del medesimo sistema amministrativo”.

possibilità per quest'ultima di non ricorrere alle procedure gara, potendo invece beneficiare di un affidamento diretto), occorre fissare i requisiti che l'affidatario deve necessariamente possedere per essere considerato parte della P.A. Ancora prima, però, occorre interrogarsi sulla legittimità di un affidamento diretto.

Proprio di questi compiti si è fatta carico la Corte di Giustizia. Ferme le indicazioni contenute nel Libro Bianco sugli Appalti, sono stati i giudici comunitari a porsi il problema della compatibilità con i principi della concorrenza del fenomeno dell'autoproduzione di beni e servizi da parte di pubbliche amministrazioni⁹³. La risposta è stata, in linea di principio, positiva: l'autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni non è stata incisa dal diritto europeo⁹⁴; d'altra parte, il fenomeno dell'autoproduzione in sé considerato, può avere qualche valenza positiva, sia sul piano della valorizzazione del patrimonio tecnico pubblico, sia anche sul piano della partecipazione dei cittadini⁹⁵. Pertanto, nel perimetrare l'ambito di applicazione delle procedure europee di aggiudicazione degli appalti, vi ha sottratto i casi in cui i servizi fossero affidati *in house*⁹⁶.

Strettamente connesso al generale e astratto riconoscimento della legittimità degli affidamenti *in house*, è la concreta fissazione dei requisiti che l'affidatario deve possedere, perché detti affidamenti possano realizzarsi⁹⁷. Ecco allora che la Corte,

⁹³ Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 205

⁹⁴ Come messo in luce da F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 176, "premessa del ragionamento che ha portato la Corte di giustizia a dare rilevanza giuridica alla situazione di *in house providing* è il riconoscimento del potere di auto-organizzazione degli Stati membri". Prosegue l'Autrice: "le amministrazioni pubbliche operano normalmente mediante la propria organizzazione, ma potrebbero anche stimare conveniente ricorrere a soggetti che sono formalmente distinti, ma sui quali esse esercitano un controllo analogo a quello che spetta loro nei confronti della propria organizzazione. Quando ciò avviene i soggetti esterni sono assimilabili all'organizzazione propria dell'amministrazione e quest'ultima può avvalersene procedendo all'affidamento diretto di incarichi, vale a dire senza ricorso a procedimenti di gara. Questo, in sintesi il ragionamento seguito dalla giurisprudenza comunitaria a partire dal 1999. L'idea dalla quale nasce questo concetto è che il diritto comunitario non priva gli Stati membri della libertà di organizzarsi come meglio credono, secondo le regole dei rispettivi ordinamenti, e che nel potere di organizzazione è inclusa la creazione di entità esterne, poste al servizio dell'amministrazione".

⁹⁵ Cfr., di nuovo, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 205.

⁹⁶ Cfr. G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., p. 1011.

⁹⁷ Requisiti che oggi sono stati definitivamente codificati, in modo puntuale e preciso, dal legislatore europeo, tramite l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, il cui primo comma così recita: "Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80%

perché un affidamento diretto sia considerato legittimo a tutti gli effetti, richiede che il soggetto affidatario, a prescindere dalla forma giuridica rivestita – principalmente, quella societaria⁹⁸ –, sia sottoposto a un controllo dell'ente pubblico analogo a quello da questo svolto sui propri servizi ed eserciti l'attività in modo prevalente per l'ente di riferimento⁹⁹.

I primi passi in questa direzione sono contenuti nella famosa sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, causa C-107/98¹⁰⁰, in cui la Corte di giustizia ha affermato che non vi è appalto, soggetto alla relativa direttiva (e quindi non vi è obbligo di gara), “nel caso in cui [...] l'ente [pubblico, *ndr*] eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”. In altri termini, secondo il giudice comunitario, sono conciliabili l'affidamento “casalingo” di un servizio, espressione del principio di autorganizzazione, con il principio di tutela della concorrenza allorché la scelta dell'operatore cui affidare il servizio ricada su un soggetto: *a*) sul quale l'amministrazione esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; *b*) che svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente affidante. La contemporanea presenza di questi due

delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e *c*) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera *a*) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Evidente la differenza rispetto alla previsione contenuta nell'art. 6 della direttiva 1992/50/CE (su cui si è fondata la ‘breccia’ aperta dalla Corte di giustizia nel 1999, con la sentenza *Teckal*, v. *infra*), che escludeva l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica “per gli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso amministrazione [...] in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative e regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato”. Di analogo tenore la disposizione di cui all'art. 18 della direttiva 2004/18/CE.

⁹⁸ Cfr. S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, op. cit., p. 496.

⁹⁹ Così, G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., p. 1011

¹⁰⁰ Consultabile sul sito <http://curia.europa.eu>.

momenti – statico l’uno, dinamico l’altro – rende legittimo, quindi corrispondente al diritto comunitario, un affidamento diretto¹⁰¹.

Invero, la doppia formula del “controllo analogo” e della “attività prevalente”, pur essendo destinata a un duraturo successo, non è definita in modo analitico nella sentenza *Teckal*, sicché finisce per essere recepita con sfumature diverse, negli ordinamenti dei vari Stati membri. Da qui, una lunga serie di interventi successivi della Corte di Giustizia¹⁰².

Venendo ora al particolare caso dell’*in house providing* societario¹⁰³, una società a partecipazione pubblica è definita *in house* quando è sottoposta a un controllo dell’ente pubblico analogo a quello da questo svolto sui propri servizi, ed esercita l’attività in modo prevalente per l’ente di riferimento¹⁰⁴.

Tuttavia – osserva, ancora una volta, Giulio Napolitano – si tratta “di una nozione funzionale, che, nel diritto comunitario, assume valenza prescrittiva soltanto ai fini dell’applicazione della disciplina di aggiudicazione degli appalti di origine europea”¹⁰⁵. Detto altrimenti, il possesso dei suddetti requisiti vale soltanto ad escludere l’applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti, esclusione

¹⁰¹ Per questa breve ricostruzione della sentenza *Teckal*, v. E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, op. cit., p. 30.

¹⁰² In questi termini, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 211.

¹⁰³ Così lo chiama M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, op. cit., p. 243. Tra le monografie interamente dedicate al tema, v. C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, 2012, nonché R. DE NICTOLIS-L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, 2008.

¹⁰⁴ La specificazione “a partecipazione pubblica”, pur comparando solo ora nel nostro discorso, è da considerare in realtà implicita, oltre che fondamentale: la presenza di una partecipazione pubblica (ovviamente maggioritaria, altrimenti nemmeno si potrebbe parlare di “controllo”) ha da sempre rappresentato un requisito necessario dell’*in house providing*. Addirittura, nelle sentenze successive alla *Teckal*, la Corte di giustizia è giunta a richiedere una partecipazione pubblica totalitaria. V., al riguardo, R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Soc.*, 2013, p. 1332; M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, op. cit., p. 244 e ss.; C. ALBERTI, *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Ist. Federalismo/Quaderni*, 2011, 2, p. 23 e ss. Ora però, con l’art. 12 della recentissima direttiva comunitaria in tema di appalti (2014/24/UE), non è più richiesta, quale requisito indispensabile, una partecipazione pubblica pari al 100% del capitale sociale (v. co. 1, lett c).

¹⁰⁵ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., p. 1011. Stesso discorso vale, come si vedrà *infra*, per la nozione di “organismo di diritto pubblico”: al riguardo, V. CARELLA, *La responsabilità penale e amministrativa delle società in house e miste*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 377, correttamente osserva che “qualificare in tal senso una persona giuridica non equivale ad attribuirle (o a presupporre) la titolarità di poteri pubblicistici o una nuova natura intesa addirittura come termine di identificazione, ma comporta soltanto che quel soggetto è tenuto all’osservanza di una certa normativa (come nel caso del contraente negli appalti di lavori, forniture e servizi)”.

che si giustifica “per il fatto che tra ente affidante e società mancherebbe quell’elemento di terzietà che è il presupposto necessario per l’applicazione di quella disciplina”¹⁰⁶; non certo a fondare un nuovo tipo di società.

A conferma di ciò, il fatto che la Corte di Giustizia, nel fissare i requisiti del “controllo analogo” e della “destinazione prevalente, aveva in mente le società derivanti dalla privatizzazione formale di aziende e di consorzi produttivi tra enti pubblici, cioè di strutture produttive che erano soggette a vincoli gerarchici o comunque di indirizzo, all’interno delle organizzazioni pubbliche di appartenenza, pur godendo di un ampio spazio di autonomia gestionale nell’esercizio dell’attività produttiva¹⁰⁷. I giudici comunitari, insomma, avevano in mente di disapplicare una certa disciplina (quella riguardante gli appalti) nei confronti di società già esistenti che, per la loro storia (diciamo pure così), erano ancora da considerarsi come proiezioni organizzative dell’apparato pubblico. Quello che non potevano immaginare (o forse sì?) è quanto accaduto dopo il 1999.

Limitando il discorso al panorama italiano, le pubbliche amministrazioni, ingolosite dall’idea di potersi sottrarre all’obbligo di indire procedure di gara per la selezione dei propri contraenti, hanno cominciato a costituire *ex novo* numerosissime società di capitali, dotate, per quanto possibile, di caratteristiche tali da soddisfare i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing*¹⁰⁸. Alla base di simili operazioni, raramente vi sono state reali esigenze organizzative¹⁰⁹.

¹⁰⁶ M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, op. cit., p. 243.

¹⁰⁷ Numerosi gli Autori che sottolineano questo aspetto. Cfr., *ex multis*, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 211, nonché F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, op. cit., p. 746.

¹⁰⁸ Si veda G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., p. 1011, ove l’A. osserva: “amministrazioni territoriali, enti pubblici e le stesse società pubbliche affidano compiti nuovi o precedentemente svolti all’interno a organismi appositamente istituiti in base alle norme di diritto privato. Si tratta, spesso, di operazioni poste in essere esattamente entro i confini tracciati dalla giurisprudenza comunitaria, proprio per evitare la soggezione a procedure concorsuali”. Critica, ma allo stesso tempo un po’ sconsolata, la conclusione (p. 1012): “la rinascita dell’impresa pubblica-organo, *sub specie* di imputazione ad una società per azioni «dominata» dall’ente pubblico, diventa così oggetto di una strategia «elusiva» sempre più consapevole”.

¹⁰⁹ All’opposto, F. FIMMANO, *L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività*, op. cit., p. 31, afferma che “in realtà, nel nostro Paese le pubbliche amministrazioni, incentivate dallo stesso legislatore, hanno cercato a tutti i costi, negli ultimi venti anni, di creare e poi mantenere la «sacca» del privilegio derivante dall’affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza”. “Questo processo ha avuto l’effetto di trasformare un modello di gestione, quello societario, da strumento di aziendalizzazione in strumento di protezione e nei casi peggiori di

Sebbene qualcuno abbia dubitato fin da subito dell'applicabilità alle società del modello c.d. *Teckal*, riguardante un soggetto giuridico del tutto diverso (e cioè un consorzio tra comuni)¹¹⁰, il fenomeno appena descritto è potuto dilagare¹¹¹, tanto da rendere diffusissimo il modello organizzativo della società *in house*¹¹².

La situazione ha cominciato a rivelarsi problematica nel momento in cui, a partire dal 2005¹¹³, constatato il crescente ricorso a tale figura e al prisma di ipotesi possibili che si andavano prefigurando, la Corte di giustizia ha provveduto ad individuare in modo più dettagliato e stringente le condizioni di ammissibilità, per evitare elusioni dei limiti generici indicati nelle prime pronunce¹¹⁴. Com'era logico aspettarsi, a fronte del *revirement* giurisprudenziale messo in atto dai giudici comunitari, le pubbliche amministrazioni, per non perdere i privilegi precedentemente acquisiti, hanno cercato di stare al passo coi tempi – soprattutto rispetto al requisito

escamotage per eludere i c.d. patti di stabilità e le regole di contabilità pubblica”. A tali considerazioni, l'Autore, nel più recente ID., *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 2, aggiunge: “abbiamo assistito, per queste ragioni [...] ad un percorso legislativo composito e spesso del tutto incoerente, caratterizzato da frequenti ripensamenti, fatta eccezione per una costante: la crescente e progressiva espansione delle società a partecipazione dell'ente pubblico (specie locale)”.

Ancor più esplicito è E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, op. cit., p. 130 e ss., secondo cui “l'idea molto spesso [...] è che attraverso una gestione diretta si possano indirizzare le assunzioni, non solo del personale dipendenti, ma soprattutto si possano affidare incarichi nei vari consigli di amministrazione o consulenze a professionisti appartenenti direttamente o indirettamente ad una determinata classe dirigente politico-economico-sociale”.

¹¹⁰ In particolare, si era osservato che ben difficilmente potrebbero riscontrarsi i presupposti in una società di capitali: ad es., il Ministero dell'Ambiente, in tema di servizio idrico integrato, ebbe modo di rilevare che “l'eventuale controllo può avvenire solo secondo modalità previste dal diritto societario e non certo secondo rapporti gerarchici o strumentali di carattere pubblicistico” (Circolare del Ministro dell'Ambiente 17 ottobre 2001, n. 11559/B01).

¹¹¹ Forse anche a causa del fatto che, eccezion fatta per la sentenza *Teckal*, le successive pronunce della Corte di giustizia hanno riguardato quasi esclusivamente società. Per un rapido riscontro, v. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 211 e ss., in cui l'A., analizzando l'evoluzione giurisprudenziale in materia di requisiti per l'affidamento diretto *in house* (“controllo analogo” e “destinazione prevalente”), passa in rassegna le più importanti sentenze della Corte di giustizia, da *Teckal* (1999) ad *Acoset* (2009).

¹¹² Cfr. F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 4.

¹¹³ Il riferimento è a diverse sentenze, tra cui spiccano CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; CGCE, 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*; CGCE, 23 novembre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; CGCE, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*, tutte consultabili sul sito <http://curia.europa.eu>. Per un'analisi delle stesse, v., *ex multis*, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, op. cit., pp. 212-213; nonché S. PICONE, *Il controllo pubblico nelle società miste pubblico-pubblico e pubblico-privato*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 419 e ss.

¹¹⁴ In questi termini, C. ALBERTI, *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, op. cit., p. 24. In senso analogo, E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, op. cit., p. 124, che rileva come “la strada percorsa dall'*in house* nel tempo si è sempre più ristretta”.

del “controllo analogo”¹¹⁵ –, manipolando gli statuti delle società già esistenti, o creandone di nuove¹¹⁶.

È stato allora che si è posto con insistenza un difficile grattacapo giuridico, quello della compatibilità del modello *in house providing* immaginato dalla Corte di giustizia con le norme di diritto societario italiano¹¹⁷.

Al riguardo, va tenuto presente che il diritto europeo non richiede che l’adattamento della struttura societaria alle regole dell’*in house* (segnatamente al requisito del “controllo analogo”) debba comportare corrispettive modifiche del diritto nazionale. Anzi, la giurisprudenza europea ritiene che eventuali difformità di clausole statutarie con il diritto societario interno siano “una questione interpretativa delle norme nazionali, la cui soluzione incombe al giudice del rinvio”¹¹⁸.

Nel diritto societario interno occorre ricercare, dunque, per quell’adattamento, la soluzione più idonea ma anche compatibile con il sistema¹¹⁹. Ebbene, le difficoltà incontrate sul punto sono notevoli, soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra “controllo analogo” e art. 2380-*bis* c.c., contenente il principio inderogabile¹²⁰ secondo il quale la gestione dell’impresa spetta esclusivamente agli amministratori¹²¹: pur

¹¹⁵ Che, a cavallo tra 2005 e 2007, veniva inteso rigoristicamente dalla giurisprudenza comunitaria, e fatto coincidere con una situazione di controllo sostanzialmente identico al tradizionale controllo gerarchico interno all’amministrazione. Si è così affermato che, perché tale requisito ricorra, devono aversi società *i*) controllate da un soggetto pubblico al 100% (e senza programmi di privatizzazione); *ii*) con poteri di ingerenza dell’azionista pubblico che limitino l’autonomia dell’organo amministrativo; *iii*) che abbiano un oggetto sociale limitato (o almeno destinato in misura prevalente) alla produzione di servizi *in house*. Per queste considerazioni, v. M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d’impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. impr.*, 2008, 6., p. 1206.

¹¹⁶ Si veda G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, op. cit., p. 326, ove si segnala “la tendenza a rafforzare i legami di dipendenza delle società rispetto agli che le partecipano, anche attraverso dinamiche di regolazione e controllo”.

¹¹⁷ Cfr. G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, op. cit., p. 324, nonché F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, op. cit., p. 178.

¹¹⁸ CGCE, 10 settembre 2009, C-573/07, *SeTCo*, in <http://curia.europa.eu>, § 88.

¹¹⁹ Così, F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, op. cit., p. 750.

¹²⁰ Sul carattere inderogabile della norma contenuta nell’art. 2380-*bis* c.c., v. M. FRANZONI, *Della società per azioni. III. Dell’amministrazione e del controllo. I. Disposizioni generali – Degli amministratori*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, 2008, p. 9.

¹²¹ Al riguardo, la dottrina commercialistica ha già sottolineato l’esclusività di tale competenza: in generale, v. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto F. GALGANO, XXIX, 2003, p. 456 e ss.; in termini più puntuali, v. A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 842 e ss., nonché R. OCCHILUPO, *L’ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 63 e ss. Di diverso avviso F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 607,

essendo abbastanza diffusa l'affermazione secondo cui “il ricorso ad organi amministrativi atipici – invero assai diffuso nella prassi [...] ed avallato dalla giurisprudenza amministrativa – in mancanza di espresse disposizioni normative che arricchiscano in tal senso la *governance* delle società per azioni *in house*, appare incompatibile rispetto alle linee generali che possono desumersi dal vigente diritto societario”¹²², la dottrina è spaccata per quanto riguarda l'idoneità dei patti parasociali a soddisfare i requisiti del “controllo analogo”¹²³.

Oltretutto, un discorso analogo riguarda la possibilità di impiegare il modello della s.r.l. – più flessibile da un punto di vista organizzativo – al posto di quello della s.p.a.: anche qui, però, le opinioni sono molto contrastanti¹²⁴.

secondo cui “il diritto societario potrebbe offrire strumenti [...] atti a garantire il controllo richiesto dalla giurisprudenza comunitaria”.

¹²² F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, op. cit., p. 750. Dello stesso avviso, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 222 e ss., nonché F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, op. cit., p. 66 e ss.

¹²³ Sulla possibilità di utilizzare – allo scopo di costruire una posizione di “controllo analogo” – lo strumento dei patti parasociali, non vede difficoltà di principio M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 220 e ss.; dello stesso parere, G. PELLEGRINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti e servizi pubblici locali di rilevanza economica*, op. cit., p. 411 e ss. *Contra*, F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, op. cit., p. 66 e ss.; M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, op. cit., p. 264 e ss., secondo cui si può “facilmente concludere che il modello organizzativo *in house providing* è palesemente incompatibile con la disciplina della s.p.a.”; F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 80 e ss., il quale osserva che “i patti parasociali, [...] ove rivolti a spogliare gli organi sociali delle competenze gestorie loro spettanti per legge, o sono nulli, per violazione dell'ordine pubblico societario, o, comunque, anche nell'ipotesi più ottimistica, hanno efficacia meramente obbligatoria, sicché è dubbio che siano in grado di soddisfare le esigenti pretese comunitarie di un controllo analogo non solo di fatto, ma anche di diritto, per di più con possibilità di un'efficacia non meramente obbligatoria ma altresì reale” (anche quest'ultimo Autore conclude per un'inconciliabilità assoluta tra *in house providing* e s.p.a.).

¹²⁴ Il contrasto tra disciplina comunitaria degli affidamenti diretti e diritto societario appare meno stridente con riferimento alla s.r.l. In particolare, l'art. 2468, co. 3 c.c. (“Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili”) e l'art. 2479, co. 1 (“I soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione”) sembrano consentire un controllo invasivo (ed anche asimmetrico) sull'amministrazione. Sulla base di queste considerazioni, numerosi autori ritengono che la s.r.l. – per via dell'ampia flessibilità organizzativa garantita dall'autonomia privata in genere, statutaria in particolare – si presti a soddisfare le esigenze del “controllo analogo” e più in generale le istanze concrete dei soci. Tra questi, si segnalano: F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, op. cit., pp. 70-71; M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, op. cit., p. 266 e ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed*

In ogni caso, di là dalle questioni specifiche, ciò che da un punto di vista generale più preoccupa, sono le forzature del – e le deviazioni dal – diritto societario italiano, prodotte dalla logica dell'affidamento diretto “a tutti costi”. Le pubbliche amministrazioni, attratte dal miraggio di affidamenti per così dire facili, non si sono fatte scrupoli nel rincorrere le indicazioni della Corte di Giustizia in tema di *in house providing*, spesso calpestando le norme contenute nel libro V del Codice civile.

La confusione¹²⁵ scaturita da tutto ciò è notevole e “rischia di favorire la creazione di un sistema di soggetti «paralleli», speciali a tal punto da incidere anche sugli equilibri propri dei modelli regolati del diritto societario/comune”¹²⁶.

In effetti, l'idea di una “specialità” delle società *in house providing*, pur avversata da molti¹²⁷, comincia a riscuotere consensi, e spinge qualcuno a rilasciare

autonomia statutaria, op. cit., p. 220; G. PELLEGRINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti e servizi pubblici locali di rilevanza economica*, op. cit., p. 413. *Contra*, F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 83 e ss., il quale, dopo aver negato la compatibilità tra *in house providing* e s.p.a. (v. nota precedente), giunge al medesimo risultato con riguardo alla s.r.l. A questo punto, la conclusione è scontata: se già in passato “la reale cittadinanza dell'*in house* nel nostro ordinamento” era cosa “assai problematica”, alla luce dei più recenti interventi del legislatore (viene segnalato, in particolare, l'art. 4, co. 13 del d.l. n. 95/2012), “una relazione *in house* tramite l'uso di società di capitali è, con ancor maggior chiarezza, oggi irrealizzabile, perché in irrisolvibile contrasto con l'ordine pubblico societario”.

¹²⁵ È esattamente questo il termine impiegato da G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., pp. 1013-1014.

¹²⁶ S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, op. cit., pp. 499- 500. L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 46, che evidenzia la “singolarità” del fenomeno della società *in house*.

¹²⁷ Cfr. G. PELLEGRINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti e servizi pubblici locali di rilevanza economica*, op. cit., p. 413. In senso analogo, M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, op. cit., p. 261 e ss., la quale – al fine di verificare se nelle società *in house providing* si riscontrino tratti di anomalia della fattispecie e, conseguentemente, della disciplina – prende in considerazione causa societaria ed oggetto sociale: dall'analisi di questi due elementi, l'Autrice appura la “non specialità”, in generale, delle società in questione, ricordando che “alcuni apparenti elementi di anomalia organizzativa, quali le gravi limitazioni alla circolazioni delle partecipazioni in caso di vendita, totale o parziale; il fatto [...] che le modifiche dell'atto costitutivo-statuto siano di pertinenza esclusiva del consiglio comunale, o provinciale, in quanto organo «deliberativo» del (socio unico) Comune o Provincia, non sono rilevanti in questa sede perché si tratta di aspetti di mera peculiarità, o specialità debole, che son frequenti in tutte le società pubbliche, anche miste”.

In ogni caso, come ricorda F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., pp. 86-87, “è difficile sfuggire alla considerazione per cui l'*in house*, ove anche richiamato dal legislatore amministrativo come possibile modello organizzatorio, debba fare i conti con il diritto societario comune e i suoi principi imperativi. Eventuali deroghe a quest'ultimo non possono difatti che essere espresse, e non meramente discendenti (secondo un ragionamento, a dire il vero, vagamente circolare) dal richiamo alla possibilità di affidamenti *in house*”.

dichiarazioni forti, come ad esempio quelle di Renato Rordorf, secondo cui “si renderà necessario in futuro riflettere su tali caratteristiche [partecipazione pubblica totalitaria, operatività prevalente o esclusiva della società in favore dell’ente socio, controllo analogo, ndr] per comprendere se, o in quale eventuale misura, esse sono tali da far venir meno la possibilità stessa d’individuare qui una società, intesa come centro di decisioni autonomo e distinto rispetto all’ente pubblico titolare della partecipazione e che esercita su di essa il potere di governo. Se si dovesse concludere che – come incidentalmente è stato affermato anche in una recentissima sentenza della Corte Costituzionale (n. 46/2013) – tali società sono null’altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l’affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo, allora davvero la distinzione tra società partecipata e socio partecipante rischierebbe di evaporare. Quella che si definisce una società sarebbe, in sostanza, solo un’articolazione interna dell’ente pubblico e quindi (senza il bisogno d’ipotizzare l’esistenza di un fenomeno simulatorio, assai problematico da riferire alla costituzione di una società di capitali) si dovrebbe poter dire che quelle *in house* di società conservano solo il nome, laddove la realtà fatta palese sin dal loro statuto evidenzierrebbe che si tratta di enti pubblici, o meglio ancora di strutture equiparabili ad organi interni della pubblica amministrazione”¹²⁸.

Parole simili riemergeranno nel corso di questa trattazione, quando si analizzerà la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 25 novembre 2013, n. 26283, il cui estensore è Rordorf in persona¹²⁹.

Detto ciò, un ultimo appunto: tale *excursus* sul fenomeno dell’*in house* e delle società che ne sono derivate, è da considerare del tutto parziale; pertanto, per ulteriori approfondimenti e osservazioni sul tema, si rinvia a quanto contenuto nel terzo capitolo.

¹²⁸ R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, op. cit., p. 1332.

¹²⁹ In *Urb. app.*, 2014, p. 395 e ss.

Sezione II – Il fallimento

5. Dalla crisi d'impresa alle procedure concorsuali: concetti e nozioni basilari.

Le difficoltà emerse nelle pagine precedenti, legate al tentativo di tracciare i caratteri delle società a partecipazione pubblica, non dovrebbero riaffiorare con riguardo al tema che si sta per affrontare. “Presentare” il fallimento, infatti, sembra operazione piuttosto agevole da compiere. Affinché questo possa essere vero, però, occorre seguire un percorso le cui tappe siano ben scandite: fuor di metafora, si deve rinunciare ad intavolare *ex abrupto* un discorso sul fallimento per cominciare, invece, da quello che è “un riferimento obbligato”¹³⁰, vale a dire dalla nozione di crisi d'impresa¹³¹.

In termini assolutamente generali e generici, si può dire che un'impresa è in crisi quando non raggiunge, per qualsiasi motivo, gli obiettivi che ragionevolmente si potevano conseguire, avuto riguardo ai fattori di produzione impiegati¹³². Questa, tuttavia, è una nozione lata di crisi, che raramente emerge a livello giuridico¹³³: quella che, almeno di norma, emerge sul piano giuridico è una nozione di crisi più

¹³⁰ “[segue] per tutte le procedure, sia a carattere prevalentemente liquidatorio, sia a carattere prevalentemente conservativo”: A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, 2009, p. 51.

¹³¹ Sul tema si segnalano: L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007; G. CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, 1979, III, p. 623 e ss.; B. LIBONATI, *La crisi dell'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, 1985, p. 203 e ss. Per un'analisi della nozione generale di impresa, svolta attraverso l'individuazione dei suoi elementi costitutivi (come desumibili dalla definizione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c.), v. AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, 2013, p. 100 e ss; nonché G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 18 e ss.

¹³² Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2012, p. 23.

¹³³ La diversità intercorrente tra crisi ‘in senso giuridico’ e crisi ‘in senso economico’ è sottolineata di frequente. V., ad es., L. GERINI, *Crisi dell'impresa e stato d'insolvenza*, in *Cinquant'anni della legge fallimentare (1942-1992). Atti dei Convegni S.I.S.CO. (Firenze, ottobre 1992; Milano, novembre 1992; Lucca, marzo 1993)*, 1994, p. 14: “Crisi dell'impresa nel linguaggio economico è la manifestazione patologica di un fenomeno ampio che passa attraverso più stadi e che può arrivare a quello finale caratterizzato dall'insolvenza: insolvenza intesa come incapacità di fronteggiare gli impegni assunti e di coprire le passività con le attività sociali. Crisi dell'impresa nell'ordinamento giuridico vigente è per contro la manifestazione esogena dello stato di insolvenza: il fenomeno della crisi dell'impresa viene quindi rilevato normativamente solo nello stadio finale e quasi sempre irreversibile dell'insolvenza”. V., ancora più indietro nel tempo, le parole di S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1946, p. 28: “Con questo termine [crisi economica dell'impresa, ndr] si indica una situazione che, dal punto di vista giuridico, comporta o può comportare l'insoddisfazione dei creditori; dal punto di vista economico può avere una maggiore o minore intensità: e così può essere uno stato di insolvenza, e più o meno grave [...] o una temporanea difficoltà di adempiere le obbligazioni”.

circoscritta, riferita a situazioni effettivamente patologiche dell'impresa come organizzazione produttiva¹³⁴.

I motivi per cui un'impresa viene a trovarsi in una situazione di crisi – come si è appena affermato – possono essere i più svariati: “il risultato che l'imprenditore si ripromette di ottenere dalla sua attività” è, infatti, “assolutamente incerto poiché dipende, oltre che dalle sue capacità, da molteplici fattori esterni, come l'azione dei concorrenti, il progresso tecnico, l'evoluzione della società e degli orientamenti dei consumatori, nonché il contesto normativo-istituzionale nel quale l'impresa si trova ad operare”¹³⁵. Com'è stato puntualmente osservato, “per quanta «prevenzione» possa essere messa in atto, sia in termini di strutture che di processi, la crisi può sempre succedere”¹³⁶: una volta preso atto di ciò¹³⁷, l'aspetto eziologico passa in secondo piano, mentre si apre il problema delle ripercussioni che le crisi d'impresa hanno sull'ambiente circostante¹³⁸.

Sebbene esistano diverse tipologie di crisi d'impresa¹³⁹, esse rappresentano un tutt'uno per quanto riguarda gli effetti che producono: il dissesto di un'attività economica, infatti, si riflette inevitabilmente su tutti coloro che hanno rapporti con l'impresa. Innanzitutto, dipendenti e collaboratori che perdono il posto di lavoro e il

¹³⁴ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 23.

¹³⁵ AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 3. Puntuali, al riguardo, le considerazioni di A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 51-52: “non sempre le crisi dipendono dai comportamenti dell'imprenditore. Una visione tradizionale, [...] condensata nel detto *decoctor ergo fraudator*, collegava l'insolvenza a frode o, nella migliore delle ipotesi, a incapacità dell'imprenditore o del *management*. Oggi le crisi economiche, improvvise e travolgenti, sono a carattere globale, e prescindono dall'onestà e bravura degli imprenditori”.

¹³⁶ G. BRUNETTI, *Le crisi d'impresa tra prevenzione e superamento: un punto di vista aziendale*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del Convegno*, a cura di *Fondazione Centro Internazionale su diritto società e economia*, Courmayeur, 2006, p. 62, il quale non manca di osservare che “cause esogene e endogene originano situazioni di crisi”.

¹³⁷ Come fa, ad esempio, L. GERINI, *Crisi dell'impresa e stato d'insolvenza*, op. cit., p. 15: “la crisi dell'impresa, con ritmo crescente, cessa di essere fenomeno episodico dipendente solo dall'incapacità dell'imprenditore, o dai suoi comportamenti colposi o delittuosi, per assumere carattere ricorrente e strutturale ai vari sistemi industriali. Questo fenomeno ha manifestazione diversa ma quasi sempre conseguente al dinamismo e alla instabilità che caratterizzano il sistema economico occidentale o di mercati aperti”, al punto che “È sufficiente un periodo di avversa congiuntura di settore perché l'impresa possa entrare in crisi”.

¹³⁸ “La crisi d'impresa incide sulle attese di numerosi centri di interesse”: in questi termini, S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, 2009, XI, 2, p. 1.

¹³⁹ Cfr., per una rapida rassegna, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., pp. 23-24; nonché A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 51. V., inoltre, AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 5 e ss., dove si distingue tra “crisi di legalità” e “crisi economiche”.

reddito da esso derivante. In secondo luogo, i creditori dell'imprenditore: se costui non è più in grado di soddisfarli regolarmente, essi saranno costretti a registrare una perdita. Ma i creditori dell'impresa sono, a loro volta, per lo più altre imprese, che svolgono le attività più disparate (fornitori di materie prime, di servizi, di finanza): il regolare incasso dei crediti è anche per loro essenziale al fine di soddisfare le obbligazioni verso i fornitori dei diversi fattori della produzione. In definitiva, può dirsi che il dissesto di un'impresa, riguardando un'attività economica organizzata, è connotato dai suoi riflessi su una pluralità, spesso molto vasta, di soggetti e da uno specifico e peculiare rischio di propagazione sistemica¹⁴⁰. Tali caratteristiche, oltre a svelare la presenza di un "debitore qualificato"¹⁴¹, richiedono una disciplina *ad hoc*¹⁴² – diversa da quella ordinaria¹⁴³ – che il legislatore ha puntualmente apprestato tramite

¹⁴⁰ Questa la ricostruzione di G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 254. In senso analogo: L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2008, p. 10; nonché S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 35, il quale, alla constatazione per cui "Sotto il profilo giuridico, l'inadempimento dell'imprenditore commerciale alle proprie obbligazioni non presenta alcuna differenza dall'inadempimento di qualunque altro debitore", aggiunge subito che "Molte invece ne presenta sotto il profilo economico e sociale". Queste differenze sono state evidenziate, di recente, da G. CONTI, *La liquidazione coatta amministrativa. Il governo della crisi delle società cooperative e delle altre imprese di economia sociale*, 2014, p. 18: con riguardo alla crisi dell'imprenditore commerciale, nel momento in cui "lo stato di criticità assume caratteri o dimensioni tali da travalicare i confini del singolo rapporto, le ricadute sul mercato possono tendenzialmente innescare effetti di trascinamento *a domino* anche devastanti, suscitando giustificati allarmi in altri operatori economici, nel sistema del credito, nei consumatori; insomma, nell'armonia del mercato".

¹⁴¹ G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1994, p. 3.

¹⁴² "La ragione di questa necessità va individuata nella stessa qualità del debitore, che come imprenditore commerciale ha unificato tutti i propri atti di natura economica in attività, determinando contestualità di interesse di tutti i creditori e rilevanza (massima o minima che sia) di tale attività per l'economia. Ora [...], non c'è dubbio che operare nel settore economico crea una rilevanza dell'attività di fronte ad una pluralità di soggetti, specialmente di soggetti anch'essi operanti nel settore economico. C'è quindi un coinvolgimento di interessi diffusi per cui l'interesse dell'uno s'intreccia con quello di altri": in questi termini, G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 6. "Il quadro normativo cambia radicalmente quando il debitore inadempiente è anche un imprenditore. È infatti ben evidente la necessità, avvertita dal legislatore, di regolare diversamente il fenomeno [...]. Non c'è quindi da stupirsi se, per il governo di tali situazioni, l'ordinamento giuridico compie scelte diverse, tese al ripristino, per quanto possibile, degli equilibri violati": così, G. CONTI, *La liquidazione coatta amministrativa. Il governo della crisi delle società cooperative e delle altre imprese di economia sociale*, op. cit., p. 18.

¹⁴³ Le regole di diritto comune, infatti, pongono a disposizione dei creditori una serie di strumenti per assicurare il soddisfacimento delle loro pretese, che però presentano due limiti: si disinteressano della situazione complessiva del debitore, cioè non coinvolgono il suo intero patrimonio; non coinvolgono l'intera massa dei creditori, ma si basano esclusivamente sull'iniziativa privata dei creditori, premiando chi tra loro arriva per primo o è comunque attento (*vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*). Per tali considerazioni, cfr. G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., pp. 254-255.

specifici strumenti di governo (cioè di composizione e/o soluzione) delle crisi d'impresa, che trovano nelle c.d. procedure concorsuali¹⁴⁴ “il loro nucleo centrale”¹⁴⁵.

Con l'espressione “procedure concorsuali” si designano, in termini riassuntivi, gli istituti attualmente regolati dalla c.d. legge fallimentare¹⁴⁶ e da altre leggi che questa hanno affiancato¹⁴⁷: il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza¹⁴⁸.

Ciò che accomuna queste procedure è una caratteristica fondamentale: esse si atteggiavano, tutte, come strumenti di regolamentazione e composizione coattiva dei rapporti tra l'imprenditore-debitore e l'insieme dei suoi creditori, in chiave di attuazione della responsabilità patrimoniale del primo¹⁴⁹, secondo quanto stabilito dall'art. 2740 c.c.¹⁵⁰

L'ultimo aspetto menzionato, vale dire l'attuazione coattiva della responsabilità del debitore, fa sì che le procedure in questione presentino delle affinità con i

¹⁴⁴ Sulle procedure concorsuali in generale, v. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 43 e ss.; AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 69 e ss.; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2011, p. 1 e ss.; A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 28 e ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 9 e ss.; A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, 2006, p. 1 e ss.

¹⁴⁵ “[segue] anche se non si esauriscono in esse”: A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 25, concetto ribadito a p. 43. La non perfetta sovrapponibilità tra “procedure concorsuali” e “procedure di crisi dell'impresa” è colta anche da A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 28: “Il primo termine è più tradizionale e diffuso, e sottolinea l'attenzione del legislatore alla soddisfazione dei creditori. Il secondo, più moderno, sottolinea l'interesse della legge verso le sorti dell'impresa”. In senso analogo G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 255, quando osservano che “Obiettivo della disciplina della crisi d'impresa è, [...] ove possibile, anche quello di impedire la dissoluzione di complessi aziendali che, nonostante l'insolvenza, conservino valore positivo”. Sul tema, v. anche A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 492 e ss.

¹⁴⁶ Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 267, recante la *Disciplina del fallimento, del concordato e della liquidazione coatta amministrativa*, e successive modifiche, tra cui, in particolare, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, che a sua volta ha conferito al governo una delega per la riforma organica delle procedure concorsuali, attuata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

¹⁴⁷ D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, recante la *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza* (c.d. Legge Prodi-bis); d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, recante *Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39 (c.d. Legge Marzano). Si tratta delle due varianti (l'una definita ‘comune’, l'altra ‘speciale’) di amministrazione straordinaria.

¹⁴⁸ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 43; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 1.

¹⁴⁹ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 44. Nello stesso senso, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 9, che esordisce affermando che “Le procedure concorsuali sono strumenti di regolazione della crisi dell'impresa”.

¹⁵⁰ Questo il testo del primo comma dell'articolo (rubricato *Responsabilità patrimoniale*): “Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”.

procedimenti di esecuzione forzata disciplinati dal codice civile e dal codice di procedura civile: le differenze, però, sono parecchie¹⁵¹.

In primis, le procedure concorsuali presentano il connotato dell'universalità (o globalità): diversamente da quanto avviene nell'esecuzione singolare di diritto comune, esse investono l'intero patrimonio del debitore esistente al momento dell'apertura della procedura, imponendovi un vero e proprio vincolo di destinazione¹⁵². Secondo connotato fondamentale è quello della generalità: esse coinvolgono l'intera massa dei creditori esistenti al momento dell'apertura della procedura, dando luogo al concorso degli stessi in chiave paritaria, cioè secondo il principio della *par condicio creditorum*¹⁵³. Terzo connotato è quello dell'officiosità: esse si aprono con il provvedimento di un'autorità pubblica (giudiziaria o amministrativa) e si svolgono su impulso dell'autorità che ad esse sovrintende, il tutto

¹⁵¹ Differenze non certo "casuali", bensì "ricercate" dal legislatore per far fronte ai limiti dei procedimenti di esecuzione forzata individuale, previsti dal diritto comune. Non è un caso che gran parte dei libri sul fallimento prendano avvio con l'esame del tema dell'inadempimento delle obbligazioni e dei rimedi contro di esso: v., *ex multis*, F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*, 1995, dove i primi due capitoli sono intitolati, rispettivamente, *La difesa del creditore secondo il diritto sostanziale in generale* (p. 3 e ss.) e *La difesa del creditore secondo il processo ordinario e la sua insufficienza* (p. 27 e ss.). Parla di "necessità di sostituire l'esecuzione singolare, espressione tipica del diritto individuale (e stavamo per dire egoistico) del creditore", S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 35. L'insufficienza delle forme ordinarie di tutela giurisdizionale è sottolineata anche in P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di M. BOCCHIOLA-A. PALUCHOWSKI, 2002, p. 1 e ss., in part. p. 8-9: "teoricamente, il legislatore ordinario potrebbe accontentarsi di prevedere il solo processo esecutivo ordinario, riconducendo a quello anche le situazioni fallimentari, senza potersi affermare una lacuna essenziale di regolamentazione", tuttavia "gli inconvenienti lamentati per il quadro della tutela giurisdizionale ordinaria dei diritti soggettivi sono apparsi al legislatore sopportabili *sub specie* della imperfezione dei mezzi umani per una situazione ordinaria, ma intollerabili per una situazione speciale quale [...] quella che giustifica in fallimento", al punto che senza di esso "od un istituto affine, quali ne siano il nome e la regolamentazione specifica, si attuerebbe nella situazione speciale che al fallimento dà luogo, una denegazione di giustizia sostanziale idonea a riprospettare il fallimento come necessità di mezzo su un piano di assolutezza". Chiarito ciò, il passo successivo, che anche noi ci accingiamo a compiere nel testo, consiste nell'individuazione dei "principali caratteri differenziali tra esecuzione singolare ed esecuzione collettiva": v. R. PROVINCIALI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1977, p. 24 e ss.; nonché, più diffusamente, ID., *Trattato di diritto fallimentare*, 1974, I, p. 101 e ss. Senza dimenticare il già citato S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 36-37, anche se con riguardo al solo fallimento, non alle procedure concorsuali in generale.

¹⁵² Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 44; nonché PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 255.

¹⁵³ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 44; nonché G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 255. Sul tema della *par condicio creditorum*, principio cardine delle procedure concorsuali, v.: A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., pp. 45-46; A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 30 e ss.; P.G. JAEGER, "Par condicio creditorum", in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 88 e ss.

accompagnato dalla costituzione di un particolare centro di competenza, che subentra all'imprenditore o che ad esso si affianca¹⁵⁴.

In conclusione, le osservazioni svolte fino a questo momento consentono di fornire una definizione, dotata di un significato tecnicamente preciso: le procedure concorsuali costituiscono “strumenti di composizione coattiva dei rapporti fra imprenditore-debitore e i suoi creditori, attraverso la formazione di un patrimonio separato e la «gestione» officiosa di esso da parte di un'autorità neutra, in chiave di realizzazione della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore-debitore”¹⁵⁵.

Al termine di queste considerazioni, ecco che si può passare a parlare di fallimento.

6. Il fallimento.

6.1. Alcuni importanti cenni storici.

6.1.1. I fatti (a partire dal XIX secolo).

¹⁵⁴ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., pp. 44-45, e anche p. 47 e ss., dove si affrontano i profili strutturali e organizzativi delle procedure, con particolare attenzione agli organi che vanno a comporre il summenzionato centro di competenza.

¹⁵⁵ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 45, i quali si preoccupano anche di indicare le ragioni che li hanno spinti a formulare questa nozione unitaria di procedure concorsuali (in part., p. 44). In un paragrafo intitolato *Concetto di procedura concorsuale*, S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 22-23, osserva che “La concorsualità di una procedura implica che la conseguenza della crisi economica dell'impresa, è cioè l'insoddisfamento dei creditori, è riparata con un regolamento di tutti i rapporti, non solo, ma con un uguale regolamento per tutti i rapporti (*par condicio creditorum*) [...]. Dal punto di vista del debitore, la concorsualità comporta che il regolamento avvenga con tutti i suoi beni, perché da tutti i suoi beni il debitore deve trarre i mezzi per assolvere ai suoi debiti. Il contrapposto della procedura concorsuale è una procedura che si svolge su istanza del singolo creditore, e per il soddisfacimento del suo credito mediante uno o più beni determinati del debitore (esecuzione singolare). Anche questa può dar luogo a un certo punto a un concorso di creditori, perché il creditore istante non ha sul bene esecutato una pretesa esclusiva: ma ciò non vale a darle un carattere di concorsualità. Il concorso dei creditori non è infatti qui il presupposto della procedura, ed esso si esaurisce praticamente nell'affermazione [...] di una pretesa alla partecipazione sul ricavato”, per poi concludere (e in questo sta, forse, il suo riferimento all'officiosità) affermando che “Da quanto abbiamo detto emerge che la concorsualità della procedura non significa che essa è dominata dalla volontà dei creditori concorrenti. Questa volontà può essere più o meno rilevante, a seconda del sistema accolto dal diritto positivo; ma il concorso può essere garantito ed attuato anche se ai creditori è sottratto ogni potere dispositivo sulla procedura medesima”. Parla di “concorsualità” anche A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, 1986, IX, p. 101 e ss.

Per prima cosa, occorre assicurare il lettore: questo breve intermezzo non intende prendere in considerazione tutta la storia del fallimento, dalle sue origini fino ai giorni nostri, e la ragione è presto detta. Il fallimento, infatti, affonda le proprie radici nelle società comunali italiane del Basso Medioevo, dove costituiva parte integrante dello *jus mercatorum*¹⁵⁶: per quanto interessante, procedere in questa sede ad una ricostruzione dettagliata di un istituto dalla storia plurisecolare sarebbe operazione inopportuna, sia per ragioni di tempo sia per ragioni di spazio¹⁵⁷.

Pertanto, volendo cominciare, si può osservare che “per lungo tempo e ancora nell’Ottocento, in Italia, l’unica procedura diretta a porre rimedio all’insolvenza del commerciante era costituita dal fallimento”¹⁵⁸: questo era, quindi, il solo strumento a disposizione per fronteggiare il dissesto dell’impresa commerciale. Tale situazione restò pressoché immutata anche a seguito dell’unificazione nazionale, salutata con l’entrata in vigore, nel 1865, dei primi codici dell’Italia unita¹⁵⁹. Difatti, il libro III del codice di commercio – “che, come si sa, non fu longevo”¹⁶⁰ – disciplinava al suo interno esclusivamente il fallimento.

Tuttavia, la progressiva industrializzazione del sistema economico, verificatasi a ritmi sostenuti dopo l’unità, imponeva una diversificazione di strumenti per la soluzione delle crisi d’impresa: erano questi gli anni in cui emergeva sempre più prepotente un interesse pubblico o collettivo al salvataggio delle imprese insolventi, oltre (e a volte persino in conflitto con) quelli più tradizionali del debitore e dei

¹⁵⁶ Cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare*, coordinato da A. MAFFEI ALBERTI, 2002, p. 1 e ss.; nonché S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 1 e ss.

¹⁵⁷ Pertanto, per un approfondimento della storia del fallimento fino alle sue origini medievali, si rinvia ai seguenti contributi: S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, op. cit., p. 1 e ss.; F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*, op. cit., p. 51 e ss.; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, op. cit. p. 6 e ss.; A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, 1917, p. 179 e ss.

¹⁵⁸ AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 4.

¹⁵⁹ Sui temi dell’unificazione legislativa italiana e dei quattro codici, v. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, 2007, p. 522 e ss.; nonché, più diffusamente, la monografia di C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, 1985, in part. p. 29 e ss.

¹⁶⁰ V. ANDRIOLI, *L’evoluzione della legislazione fallimentare dal codice di commercio del 1865 al codice civile del 1942*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, 1967, p. 45. Sulle vicende del codice di commercio del 1865, oltre al contributo di Andrioli, si segnala quello di A. ASQUINI, *Dal codice di commercio del 1865 al libro del lavoro del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 1 e ss. Per quanto riguarda invece il coevo codice civile, si segnala la monografia di R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato in Italia (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, 1990, in part. p. 13 e ss.

creditori¹⁶¹. Fu così che maturò l'idea di ricorrere a nuovi istituti diretti alla conservazione dell'impresa, superando la "concezione repressiva" propria del fallimento¹⁶²: tratti caratteristici di questo erano, infatti, tanto lo scopo di eliminare dal mercato le imprese commerciali cadute in stato d'insolvenza, quanto l'obiettivo di punire con severità i comportamenti dolosi o colpevoli cui fosse riconducibile un concreto contributo causale nella determinazione dell'insolvenza dell'impresa commerciale¹⁶³.

Si arrivò in questo modo al nuovo codice di commercio, datato 1882¹⁶⁴. Come nell'esperienza precedente, la disciplina del fallimento era ancora una volta condensata

¹⁶¹ Cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 4. V. anche A. JORIO, *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto dallo stesso A., 2006, I, p. 3: a fronte di una procedura fallimentare la cui "funzione fondamentale" (individuata nell'esecuzione concorsuale sull'intero patrimonio dell'insolvente) rimaneva "immutata", "furono la nascita e il turbinoso sviluppo della società industriale a imporre nuove esigenze" che "tendevano a preservare, ove possibile, il patrimonio dell'imprenditore dai guasti che recava con sé il fallimento e di conservare, sempre se possibile, l'imprenditore a capo della propria azienda". Queste, dunque, le "motivazioni dei nuovi istituti alternativi al fallimento".

¹⁶² In questi termini, AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 4.

¹⁶³ Cfr. N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, 2012, pp. 10 e 11; nonché ID., *Le tendenze di riforma del sistema dei tipi procedurali, e l'improvvida "secessione" del diritto concorsuale dal diritto commerciale*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, 2002, II, pp. 1126-1127. Come osservato dallo stesso Autore, tali tratti sono il frutto della più classica concezione liberale dell'economia, testimoniata, ancora agli inizi del Novecento, dalle parole di L. EINAUDI, *Intorno al credito industriale. Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, p. 119 e ss., il quale ritiene che la soluzione migliore per affrontare la crisi delle imprese "è di far, anzi di lasciar fallire coloro che meno sono in grado di vivere", così da ricollocare sul mercato le risorse di un'impresa che va male, "evitando di mantenere in vita i deboli con scarso vantaggio e con molto danno dei forti e dei prudenti i quali possono sperare un ritorno a condizioni normali solo quando il terreno sarà liberato dalla vegetazione parassitaria che l'intristisce".

Con specifico riferimento al trattamento riservato all'imprenditore-debitore, cfr. G. CASELLI, *La crisi aziendale*, op. cit., p. 628, il quale parla di un vero e proprio "mutamento della qualità del fallimento" nel corso delle varie epoche storiche: "a questo proposito basta assumere una visione retrospettiva sufficientemente ampia per vedere emergere una linea, coerente e costante, di progressiva attenuazione del rigore verso il fallito: dalla concezione, imperante negli statuti del basso Medioevo, dell'insolvenza e del fallimento come reato *ex se*, alla faticosa enucleazione dei reati fallimentari come normalmente ma non necessariamente connessi al fallimento, all'abolizione dell'arresto del fallito, all'ammissione del medesimo fallito allo svolgimento di attività commerciali, all'eliminazione di altre incapacità di ordine professionale, all'introduzione di procedure, come quella di concordato preventivo, dirette anche ad evitare l'applicazione di sanzioni personali agli imprenditori «onesti ma sfortunati», all'ampliamento, oltre che alla razionalizzazione, dell'istituto della riabilitazione operato dalla legge fallimentare del 1942".

¹⁶⁴ Esso ricevette un'accoglienza migliore rispetto al suo antecedente datato 1865, come riferisce A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, op. cit., p. 528: "Il Codice fu salutato come il più moderno in Europa, anche perché esso teneva accuratamente conto delle recenti legislazioni europee, ivi comprese quella tedesca e quella del Belgio di pochi anni anteriore, e introduceva ulteriori miglioramenti". Apprezzamenti, in tempi recenti, giungono da S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, op. cit., p. 3: "Il Codice di commercio aveva introdotto regole che alla luce della più recente evoluzione della disciplina possono essere definite singolarmente moderne".

in un unico libro (il III), ma con una novità: la comparsa – nella medesima *sedes materiae* – della “prima vera alternativa al fallimento”¹⁶⁵, la moratoria (artt. 819 e ss., c.co.)¹⁶⁶.

Si trattava di un istituto concepito per far fronte a crisi d’impresa reversibili: in presenza di un dissesto di non grave entità, dovuto ad esempio ad uno squilibrio temporaneo tra attività liquide e passività scadute, il codice consentiva al debitore di chiedere ai propri creditori una dilazione¹⁶⁷; questo, però, solo nel caso in cui il debitore dimostrasse sia che “la cessazione dei pagamenti” era stata conseguenza di “avvenimenti straordinari e impreveduti o altrimenti scusabili”, sia che “l’attivo del suo patrimonio” superava “il passivo”¹⁶⁸.

Orbene, di là dai risultati che la moratoria riuscì a conseguire sul piano pratico¹⁶⁹, ciò che qui interessa porre in risalto è un dato di politica legislativa, riguardante il nostro ordinamento: l’introduzione dell’istituto della moratoria sanciva, in maniera pressoché definitiva, l’inadeguatezza del fallimento a far fronte, da solo, al multiforme fenomeno delle crisi d’impresa, rispetto al quale nuove esigenze erano emerse nel corso degli anni. Cessava, per così dire, il monopolio del fallimento.

Questo mutato indirizzo del legislatore è testimoniato dalla produzione normativa dei primi anni del XX secolo: ferma restando la disciplina del fallimento contenuta nel libro III del codice di commercio, nel 1903 nacque il concordato preventivo¹⁷⁰. Com’è stato giustamente osservato però, questo “non fu [...] l’unico

¹⁶⁵ “[...] con l’obiettivo di sostituire alla liquidazione fallimentare una liquidazione volontaria, ma controllata”: in questi termini, AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 5.

¹⁶⁶ Per un’analisi dettagliata della disciplina di tale istituto, si segnalano le seguenti monografie: A. BUTERA, *Moratoria, concordato preventivo, procedura dei piccoli fallimenti*, 1938; U. TORLAI, *I concordati, le moratorie e i piccoli fallimenti*, 1927; A. ASCOLI, *La moratoria e il concordato preventivo*, 1896; C. MARTINI, *Della moratoria*, 1890; M. VITALEVI, *La moratoria nel nuovo codice di commercio in relazione ai codici olandese e belga*, 1884.

¹⁶⁷ Cfr. L. BOLAFFIO, *Alcune questioni sull’istituto della moratoria*, in *Monitore dei Tribunali*, 1886, p. 945 e ss., secondo cui la moratoria si risolve, per l’appunto, in una dilazione di favore, concessa al debitore commerciante dall’Autorità giudiziaria in seguito al voto emesso dai creditori.

¹⁶⁸ Tali erano le condizioni fissate dall’art. 819, co. 1 c.co.

¹⁶⁹ Risultati che furono piuttosto insoddisfacenti, tanto che il legislatore, dopo appena un ventennio, decise di sopprimere l’istituto: la procedura di moratoria fu abrogata all’entrata in vigore della normativa sul concordato preventivo con l. 24 maggio 1903, n. 197. Questo avvenne non a causa della coincidenza di fini con la procedura di concordato preventivo, ma appunto perché la moratoria era stata “regolata da norme incoerenti, che diedero luogo a controversie insolubili; la giurisprudenza non riuscì mai a piantarla su solide basi”: così, C. VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, in *Monitore dei Tribunali*, 1922, pp. 41-42.

¹⁷⁰ Con la summenzionata legge del 23 maggio 1903, n. 197; per una analisi sintetica dell’istituto, come fu introdotto ai tempi, v. AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., pp. 5-6.

istituto alternativo al fallimento nel periodo antecedente la grande codificazione del 1942¹⁷¹. Non bisogna infatti dimenticare che la moratoria, dopo essere stata abolita, “fu transitoriamente richiamata con vari provvedimenti particolari e applicata a situazioni determinate”¹⁷²; e che, parallelamente al manifestarsi – anche in Italia – delle gravi conseguenze della crisi del 1929, rapido sviluppo ebbe la liquidazione coatta amministrativa¹⁷³, la quale “era completamente staccata e affidata a leggi particolari, con rinvii più o meno larghi alle norme del fallimento”¹⁷⁴.

Alla luce di queste brevi considerazioni può affermarsi che, tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento, la soluzione delle crisi d'impresa divenne un tema di grande attualità, col quale non esitarono a misurarsi sia gli studiosi sia il legislatore. Quest'ultimo, in particolare, si premurò di arricchire con nuovi strumenti un quadro normativo che, fino a poco tempo prima, annoverava al suo interno il solo fallimento.

La situazione agli albori della grande codificazione del 1942 era, pertanto, in continuo divenire¹⁷⁵.

L'avvento del fascismo, con la presa del potere da parte di un movimento presto divenuto partito egemone e quindi partito unico, condusse nell'arco di pochi anni alla

¹⁷¹ AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 6.

¹⁷² U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare. Regio Decreto 16 marzo 1942*, n. 267. *Fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa*, 1946, p. 6. Il riferimento è a quanto accadde nel 1915, anno in cui fu ripristinata la c.d. moratoria di guerra: con i Decreti Luogotenenziali n. 739 del 27 maggio 1915 e n. 1143 del 25 luglio 1915, l'istituto ricomparve al solo scopo di far fronte ai casi di insolvenza di commercianti e società commerciali causati dallo stato di guerra. Per delle considerazioni sul tema, si segnalano: E. DE GIULJ, *Considerazioni sulla moratoria in tempo di guerra*, 1917; I. LEVI, *Commento ai decreti luogotenenziali 23, 27 e 30 maggio 1915*, n. 718, 739, 764; 3 e 20 giugno 1915, n. 788 e 88, 1915. Più in generale, una minuziosa analisi dei provvedimenti legislativi imposti dall'economia bellica si può rinvenire in A. DE STEFANI, *La legislazione economica della guerra*, 1926.

¹⁷³ Cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 6, dove sono rinvenibili anche alcuni esempi.

¹⁷⁴ U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 6. Tutto ciò senza scordare che, fra le due guerre mondiali, si susseguirono numerosi progetti di riforma dell'intero codice del commercio e, quindi, anche della materia fallimentare: cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 4.

¹⁷⁵ Cfr. N. RONDINONE, *Le tendenze di riforma del sistema dei tipi procedurali*, op. cit., pp. 1125-1126, ove si sottolinea che “l'attuale legge fallimentare del 1942 rappresenta il frutto meditato degli studi svolti dalla nostra dottrina nella prima parte del '900. È una disciplina che rappresenta in particolare il punto di arrivo di un processo che parte dal progetto di Bonelli del 1921, e si consolida con le norme relative alla materia fallimentare incluse nel progetto D'Amelio di riforma del codice di commercio e poi nel progetto Asquini”. In particolare, per quanto riguarda quest'ultimo, v. *Progetto preliminare al Codice di commercio*, unitamente a *Relazione al progetto preliminare del Codice di commercio*, in Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del Libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del Libro del lavoro*, 1942, volumi IV e III.

trasformazione dell'ordinamento costituzionale italiano: pur rimanendo formalmente in vigore lo Statuto Albertino del 1848, si gettarono subito le basi per la costruzione di un nuovo modello di Stato, secondo un disegno autocratico che cancellava il pluralismo delle democrazie liberali¹⁷⁶.

Fu in questa cornice che maturò l'impresa del rinnovo dei codici. Nato da una delega del 1923¹⁷⁷, che riprendeva un'iniziativa avviata subito dopo la fine della guerra con un intento iniziale di semplice revisione, il processo di codificazione ampliò progressivamente gli obiettivi iniziali¹⁷⁸, in particolare dal 1926 in poi, quando il regime, liquidate le opposizioni nel parlamento e nel paese, assunse il carattere di "dittatura a viso aperto"¹⁷⁹.

Nei piani originari delle riforme legislative allora messe in cantiere, la disciplina del fallimento avrebbe dovuto trovare sede nel nuovo codice di commercio¹⁸⁰, ma proprio quando i lavori preparatori erano a buon punto, si decise di dare corso all'unificazione del diritto privato¹⁸¹: si rinunciò all'autonomia formale del codice di

¹⁷⁶ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, op. cit., p. 601 e ss.: nel nuovo modello di stato ideato da Mussolini, un ruolo centrale era ricoperto dall'ordinamento corporativo. Interessante l'angolo visuale adottato, nello studio sull'ordinamento corporativo, da N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003, p. 69 e ss.: l'Autore, dopo una rapida esposizione dei connotati del corporativismo, analizza le ripercussioni che questo ebbe sul diritto e sui giuristi dell'epoca. Sul tema, recentemente, v. anche G.B. FERRI, *Il codice civile italiano del 1942 e l'ideologia corporativa fascista*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, II, p. 319 e ss.

¹⁷⁷ Si tratta della legge 30 dicembre 1923, n. 2814, che diede la facoltà al governo di emendare il codice civile e di predisporre nuovi codici di procedura, di commercio e della marina mercantile. Senza dimenticare la legge 25 dicembre 1925, n. 2260, che delegò al governo la facoltà di emendare il codice penale e quello di procedura penale unitamente alle norme sull'ordinamento giudiziario, allargando nello stesso tempo la sua facoltà di modificare il codice civile. Su queste leggi delega, e sulle vicende ad esse seguite, v. R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato in Italia (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, op. cit., p. 39 e ss.; nonché C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, op. cit., p. 218 e ss.

¹⁷⁸ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, op. cit., pp. 602-603.

¹⁷⁹ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, op. cit., p. 219: "Non v'è comunque dubbio che, dal 1926 [...], il regime darà un impulso crescente all'iter formativo di quella nuova codificazione del diritto che, nelle intenzioni dei suoi esponenti e dei giuristi che numerosi li fiancheggiavano, avrebbe dovuto rappresentare una delle caratteristiche fondamentali del nuovo Stato".

¹⁸⁰ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 22: "La separazione tra legislazione civile contenuta nel codice civile e legislazione commerciale contenuta nel codice di commercio caratterizza i numerosi progetti di riforma successivi all'entrata in vigore del codice di commercio del 1882 e ancora alla fine degli anni '30 viene elaborato dalla commissione Asquini un progetto di codice di commercio".

¹⁸¹ Cfr. A. CONCAS, *Le origini, finalità e presupposti del fallimento nell'Ordinamento Italiano*, 12 dicembre 2013, p. 1, in www.diritto.it; ID., *Le origini e i presupposti del fallimento*, 14 giugno 2012, p.1, in www.diritto.it. "Solo in ossequio ad una direttiva dell'ultima ora si procede, nel 1942, alla unificazione, concentrando in un unico testo normativo – per l'appunto il codice civile – sia la materia civile, che quella commerciale": in questi termini, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 22.

commercio, con inserzione del nuovo progetto¹⁸² in uno schema di codice civile unificato, in cui la disciplina dell'impresa commerciale, delle società commerciali e della concorrenza era contenuta in nuovo libro intitolato *Dell'impresa e del lavoro* e poi solo *Del lavoro* (il libro quinto del codice civile del 1942)¹⁸³. Fu così che la disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali venne definitivamente separata da quella commerciale e affidata ad un specifica legge¹⁸⁴ – il r.d. 16 marzo 1942, n. 267 – entrata in vigore, unitamente al codice civile e al codice di procedura civile, il 21 aprile 1942¹⁸⁵.

Sul perché di questa separazione, soccorrono le parole di uno dei redattori del decreto¹⁸⁶: “Il complesso delle disposizioni legislative approvate col R.D. 16 marzo 1942, n. 267, reca il prolisso titolo: disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta

¹⁸² Quello definitivo, pubblicato nel 1940 e redatto dalla Commissione Asquini.

¹⁸³ Cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 4. “Fu allora giuocoforza estrapolare la materia fallimentare, fatta oggetto di un testo normativo separato, nel quale venne travasato, senza apprezzabili variazioni, il contenuto di quel libro del progettato nuovo codice di commercio, che era dedicato alla disciplina del fallimento”: si tratta ancora delle parole di L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 22.

¹⁸⁴ Cfr. le parole dell'introduzione della *Relazione del Ministro Guardasigilli* al r.d. 16 marzo 1942, n. 267: “La legge che mi onoro presentare [...] è destinata a sostituire il libro terzo del codice di commercio del 1882, dopo che la riforma del codice civile e il nuovo codice della navigazione hanno assorbito la materia degli altri libri del codice di commercio. La presente legge non tratta però solo del fallimento, come il terzo libro del codice di commercio, ma tratta anche del concordato preventivo, dell'amministrazione concordata e della liquidazione coatta amministrativa. Con ciò la nuova legge non intende compiere solo una riunione formale di istituti fra loro connessi, ma dare un'impronta sostanzialmente unitaria alla disciplina della crisi economica dell'impresa in relazione ai superiori interessi dell'economia in generale”.

¹⁸⁵ Cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 4. “La materia riferentesi alle crisi delle imprese in generale, è attualmente regolata in Italia dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267, entrato in vigore il 21 aprile 1942: decreto che riguarda specificatamente il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e, in scorcio, la liquidazione coatta amministrativa. Istituti uno dei quali nuovo, l'amministrazione controllata; un altro già regolato da una legge speciale (concordato preventivo); un altro, la liquidazione coatta amministrativa, già applicato variamente ad imprese di carattere e d'importanza diverse, ed ora inserito, per quello che riguarda più particolarmente gli interessi privati, nel decreto rammentato, con norme parte derogabili, parte inderogabili dalle leggi speciali che governano fondamentalmente le imprese che vi sono soggette”: così, U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 5.

¹⁸⁶ Il testo del regio decreto fu redatto da alcuni componenti del comitato per il codice di commercio: i professori Alberto Asquini, Salvatore Satta, Alfredo De Marsico (quest'ultimo per la parte penalistica) e i magistrati Gaetano Miraulo e Giacomo Russo. Nell'estate del 1941, costoro si riunirono in una piccola commissione per riprendere i lavori sul fallimento, che erano stati sospesi in attesa di terminare la compilazione del Libro del Lavoro. Alla fine di ottobre dello stesso anno, fu presentato il primo progetto in bozza, successivamente sostituito da altri, fino ad arrivare a quello definitivo (composto da 266 articoli), databile ai primi giorni di marzo 1942. Per un quadro delle vicende legate alla redazione della legge fallimentare, comprese le norme penali, si veda N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, op. cit., p. 556 e ss.

amministrativa. Si tratta della materia già contenuta nel Libro III del Codice di commercio, con gli ampliamenti che il titolo chiaramente manifesta, e che, per i suoi presupposti rigidamente commerciali, non ha potuto trovare formale collocamento nella compagine del nuovo codice civile. È stato così risparmiato a questo codice, che già *laborat ex magnitudine sua*, un settimo libro”¹⁸⁷.

Ulteriori indicazioni provengono da una relazione del Ministro Guardasigilli dell’epoca, Dino Grandi, presentata il 4 gennaio 1941 ad una seduta del Consiglio dei Ministri per l’approvazione del nuovo piano della codificazione, che prevedeva per l’appunto l’unificazione del diritto privato, con l’abbandono del progetto riguardante il codice di commercio. Tra le motivazioni fondamentali della nuova impostazione, si pone in evidenza che “le ragioni storiche che hanno giustificato fino a oggi l’autonomia del Codice di commercio devono considerarsi superate dall’ordinamento corporativo fascista”: ciò perché “l’impronta professionale, che è dato d’origine del diritto commerciale, ha cessato d’essere una speciale caratteristica del diritto commerciale, da quando il Fascismo ha inquadrato totalitariamente nella organizzazione corporativa la economia nazionale [...] La disciplina degli stati professionali e l’ordinamento dell’impresa non debbono quindi più rappresentare l’ordinamento speciale di un limitato settore dell’economia, quello cosiddetto commerciale, ma debbono costituire uno dei caposaldi generali della nuova Codificazione, come disciplina dell’economia organizzata”. Fatte queste considerazioni, ecco le parole del Guardasigilli che più ci interessano: “il solo istituto peculiare al commercio che permane sul terreno processuale è quello del fallimento. Per quanto in altri Paesi il fallimento sia divenuto istituto di applicazione generale, le condizioni particolari dell’economia italiana si oppongono a tale generalizzazione”,

¹⁸⁷ S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 21, il quale prosegue: “Ciò però non significa – come bene avverte la relazione – che la legge (con questo termine la indicheremo nel corso del nostro studio) non costituisca parte integrante del codice, e non concorra con esso a formare il *corpus juris* della nazione”. Parzialmente diversa l’opinione di R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., p. 51, che in nota 32 osserva: “Sarei dello stesso avviso di Satta, salvo cambiar codice come sede dell’inserzione ideale: infatti, questa, per ragioni naturali, logiche e sistematiche, non potrebbe avvenire che nel codice di procedura civile”. La soluzione finale, vale a dire la creazione di una legge speciale per contenere la disciplina del fallimento, viene definita da Provinciali come una vera e propria “scappatoia” (p. 52).

quindi “il fallimento dovrà formare oggetto di una legge speciale, che costituirà di fatto un’appendice del Codice di procedura civile”¹⁸⁸.

Spiccato carattere commerciale e appartenenza al campo del diritto processuale: potrebbero essere queste – tralasciando le motivazioni dal sapore più spiccatamente politico e ideologico – le ragioni che, nel momento in cui diritto civile e diritto commerciale sono stati riuniti in un solo codice¹⁸⁹, hanno determinato, per così dire, l’isolamento del fallimento in una legge a sé stante¹⁹⁰.

L’indagine, in realtà, potrebbe essere approfondita ulteriormente, ma ciò non rientra nei nostri intendimenti. Infatti, rispetto a quanto detto nelle ultime pagine, occorre porsi una domanda: con che scopo è stato compiuto questo *excursus* storico? Prima di rispondere, torniamo ai giorni nostri.

6.1.2. La perdurante “centralità” del fallimento; le sue caratteristiche (in breve).

Le crisi delle imprese che rivestono maggior rilievo oppure che operano in settori particolarmente delicati e considerati d’interesse pubblico sono affidate a procedure, quali l’amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta, poste sotto il controllo dell’autorità amministrativa. Di conseguenza, il fallimento rappresenta la procedura giurisdizionale da applicare alle imprese commerciali insolventi che: superano le soglie indicate dagli artt. 1, co. 2 e 15, co. 9 della legge fallimentare; non sono dotate dei requisiti che determinano la sottoposizione ad amministrazione straordinaria; non rientrano tra quelle sottoposte in via esclusiva a liquidazione coatta amministrativa¹⁹¹.

¹⁸⁸ Relazione contenuta in *Prefazione e relazione al Duce del Ministro Guardasigilli Dino Grandi, relazione al progetto del Libro delle obbligazioni*, in Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del Libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del Libro del lavoro*, op. cit., volume I, p. XII e ss., nonché pubblicata separatamente nell’opuscolo *Dell’impresa e del lavoro nel codice civile. Deliberazione del Consiglio dei Ministri nella riunione del 4 gennaio 1941-XIX*, 1941, p. 3 e ss.

¹⁸⁹ Per un’analisi approfondita delle ragioni (e delle vicende) che portarono all’unificazione dei codici, si rinvia alla precisa ricostruzione contenuta in N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, op. cit., p. 421 e ss.

¹⁹⁰ Sui possibili intenti perseguiti attraverso la creazione di una legge fallimentare a sé stante, si vedano le considerazioni di V. SPARANO, *Disciplina delle procedure concorsuali. Una proposta di lettura della Legge Fallimentare*, 1988, p. 33-34.

¹⁹¹ Considerazioni, queste, svolte in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., pp. 76-77. Per un riscontro analogo, v. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 14, il quale, dopo aver dato conto della crescente espansione, nel nostro ordinamento, della l.c.a. e dell’amministrazione straordinaria, conclude così: “Ne consegue che la procedura di fallimento rimane per lo più riservata alle imprese che, da un punto di vista economico, devono essere considerate piccole o medio piccole”.

Ciò nondimeno, è stato osservato che il fallimento continua a rivestire un ruolo centrale nella disciplina delle procedure concorsuali, che va oltre la sua rilevanza operativa, comunque notevole: “oltre a rappresentare la disciplina generale dell’insolvenza delle imprese commerciali private «di non grandi dimensioni», il fallimento offre infatti un piedistallo normativo costituito da regole di carattere generale suscettibile di estensione alle (e talora oggetto di specifico richiamo da parte delle) altre procedure concorsuali”¹⁹². In altri termini, ci troviamo di fronte ad un vero e proprio “pilastro”¹⁹³ del sistema, al punto che “si parla genericamente di diritto fallimentare con riferimento alle varie norme che disciplinano il fallimento e le altre procedure concorsuali”¹⁹⁴.

La centralità della procedura fallimentare è un che di “storico” nel nostro ordinamento. Focalizzando l’attenzione sul periodo in cui entrò in vigore il r.d. 16 marzo 1942, n. 267, senza bisogno quindi di risalire ancora più indietro nel tempo, la percezione era chiara: Gaetano Miraulo, anch’egli fra i redattori del decreto, affermava che il fallimento era “la legge generale-tipo del dissesto dell’impresa, a cui la disciplina degli altri istituti si coordina e si richiama”¹⁹⁵. Umberto Navarrini, accademico

¹⁹² AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 77, dove poi si aggiunge: “Quantomeno da un punto di vista della topografia normativa, il fallimento continua dunque a rappresentare il «centro di gravità» del sistema delle procedure concorsuali: il referente rispetto al quale le altre procedure si collocano in punto di differenza specifica, raccordandosi ad esso in termini di inclusione ovvero di esclusione di alcuni profili della disciplina”. Nello stesso senso, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 59: “Il fallimento [...] tuttora costituisce [...] il capostipite ed il paradigma delle procedure concorsuali. Esso riveste tuttora, nel sistema, un ruolo centrale; e la sua disciplina – la sola che possa definirsi compiuta ed autosufficiente – assolve anche alla (significativa) funzione di integrazione delle discipline delle altre procedure: nel regolare queste ultime, infatti, il legislatore ha ampiamente utilizzato la tecnica del rinvio alle disposizioni dettate in tema di fallimento [...] e, d’altra parte, le eventuali lacune nella disciplina delle c.d. «procedure minori» sono in genere da colmare proprio ricorrendo a regole tratte dalla disciplina del fallimento. È dunque dalla disciplina del fallimento – non a caso collocata topograficamente al primo posto nella legge fallimentare – che deve iniziare la nostra analisi”.

¹⁹³ L’espressione è di A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 27.

¹⁹⁴ G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, 2006, p. 5, il quale, più avanti, aggiunge che “Si usa parlare di diritto fallimentare in senso stretto facendo riferimento alla sola disciplina del fallimento, e di diritto fallimentare in senso lato allorché ci si riferisca a tutte le disposizioni che regolano non solo il fallimento, ma anche le altre procedure concorsuali”. La ragione di ciò è individuata da S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 1, nel “fatto che, anche storicamente, il primo strumento specifico di risoluzione della crisi del mercante insolvente è stato costituito, appunto, dal fallimento, la cui nascita, quale procedura concorsuale destinata al soddisfacimento di tutti i creditori nel rispetto del principio di *par condicio* (universalità soggettiva) e mediante la liquidazione dell’intero patrimonio del debitore insolvente (universalità oggettiva), viene tradizionalmente fatta risalire all’esperienza giuridica basso-medievale della società comunale italiana a partire dal XIII secolo”.

¹⁹⁵ G. MIRAULO, *La nuova legge sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 1942, I, p. 39 e ss.

consultato dai redattori per raccogliere osservazioni¹⁹⁶, evidenziava come “le norme che riguardano l’istituto del fallimento, che costituiscono la base preponderante e fondamentale del testo”, avessero “un’influenza evidente sulla disciplina e sul contenuto degli altri istituti, e spesso vi sono applicate integralmente”, al punto che “si può continuare a parlare, anche per la nuova legge [...] di diritto fallimentare”¹⁹⁷.

I termini della questione non sono cambiati negli anni successivi. Giuseppe Ragusa Maggiore, ad esempio, discorrendo delle “procedure concorsuali relative ad un soggetto che svolge attività commerciale”, mette subito in evidenza che tra queste “la principale è naturalmente il fallimento”¹⁹⁸.

Di là da simili considerazioni sistematiche, il fallimento, poiché appartenente alla categoria delle procedure concorsuali¹⁹⁹, presenta tutte le caratteristiche tipiche di queste: universalità, generalità, officiosità²⁰⁰. Avendo già proposto una disamina di esse, è preferibile concentrare l’attenzione su altri profili.

In primo luogo, per quanto riguarda il profilo strutturale, il fallimento si caratterizza per essere una procedura interamente giurisdizionale²⁰¹: difettando qualsiasi controllo da parte di autorità amministrative, esso si apre, si sviluppa e si chiude sotto l’egida dell’autorità giudiziaria ordinaria²⁰², rappresentata dal tribunale

¹⁹⁶ Lo riferisce N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, op. cit., pp. 556-557.

¹⁹⁷ “[segue] o concorsuale”: U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 6. Sull’utilizzo dell’espressione “diritto fallimentare” (o di quella “diritto concorsuale”, sinonimica), v. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., p. 33: essa “può usarsi in due significati, l’uno più ristretto e specifico, riferito all’istituto del fallimento; l’altro, più generico e comprensivo, che riguarda, quasi per traslato, tutti i procedimenti concorsuali”.

¹⁹⁸ G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 8, il quale prosegue affermando che il regio decreto del ’42 può essere pacificamente chiamato “legge fallimentare”, a causa della “prevalenza che esso dà al fallimento”.

¹⁹⁹ Parlano di “procedura concorsuale per eccellenza”, S. BONFATTI- P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 9.

²⁰⁰ Dette caratteristiche, che differenziano le procedure concorsuali dai procedimenti di esecuzione forzata singolare previsti dal diritto comune, sono analizzati con specifico riferimento al fallimento da diversi autori, tra i quali: S. BONFATTI- P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 9 e ss.; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 1 e ss.

²⁰¹ Cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 77.

²⁰² Cfr. G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 1 e ss.: “Invero, mentre per iniziare un processo di esecuzione forzata singolare il creditore deve essere munito di un titolo esecutivo, il fallimento non ha inizio a seguito della domanda od azione di un creditore, ma con il deposito in cancelleria della c.d. sentenza dichiarativa di fallimento [...] inoltre, diversamente dalle esecuzioni forzate singolari, una volta iniziato, il procedimento fallimentare prosegue d’ufficio [...] Diversamente ancora dalle esecuzioni forzate singolari, che possono terminare per rinuncia da parte del creditore, il fallimento può terminare soltanto con un provvedimento del tribunale”. Insomma, nel tracciare le differenze con l’esecuzione forzata singolare, queste parole indicano chiaramente come l’autorità giudiziaria sia presente in tutte le fasi ‘cruciali’ della procedura fallimentare.

territorialmente competente secondo il disposto dell'art. 9 l. fall²⁰³. Ciò, peraltro, senza dimenticare che le riforme avviate col nuovo millennio²⁰⁴ hanno segnato una generale “privatizzazione”²⁰⁵ delle procedure concorsuali, dunque anche del fallimento, realizzata prevedendo “una sostanziale diminuzione dei poteri dell'autorità giudiziaria, essendo ora il centro delle procedure concorsuali il curatore o il commissario giudiziale, con maggiori poteri al comitato dei creditori e funzioni di controllo e di vigilanza al giudice delegato”²⁰⁶.

²⁰³ Sull'art. 9 della legge fallimentare, rubricato *Competenza*, si segnalano, *ex multis*: A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 88 e ss.; G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., pp. 270-271; A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta. Dalla legge 12 maggio 2005, n. 80 al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, 2008, p. 253 e ss.; G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, p. 140 e ss.; P. CELENTANO, *Commento all'art. 9*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, 2006, p. 35 e ss.

²⁰⁴ Sulla riforma, realizzata a più riprese tra il 2005 ed il 2007, e la disciplina da essa scaturita, si segnalano: *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, commentario sistematico diretto da A. JORIO-M. FABIANI, 2010; *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO, 2010; G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 389 e ss.; *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di C. IBBA, 2009; *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, a cura di S. AMBROSINI, 2008; A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta. Dalla legge 12 maggio 2005, n. 80 al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, op. cit.; *Le nuove procedure concorsuali. Linee guida della riforma*, a cura di A.M. AZZARO-I. SCALERA, 2007; *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, 2006; *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, op. cit.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 329 e ss.; A. NIGRO, *La riforma della legge fallimentare fra innovazione e tradizione*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2006, I, p. 197 e ss.; M. VIETTI, *Il diritto fallimentare nella riforma*, nonché R. RORDORF, *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, entrambi in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del Convegno*, a cura di Fondazione Centro Internazionale su diritto società e economia, Courmayeur, op. cit., p. 69 e ss. e p. 77 e ss.

²⁰⁵ G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 2. V. anche A. NIGRO, “Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, p. 359 e ss.

²⁰⁶ G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 2. In senso analogo: A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 33, che tra le varie linee guida della riforma del 2005-2007 individuano “quella volta ad attribuire un ruolo più attivo, nella gestione, delle crisi, al debitore ed ai creditori, in base all'idea che tale gestione sia, fondamentalmente, un fatto «privato» fra questi soggetti, da lasciare quindi, in principio, al governo degli stessi, con limitati spazi di intervento per l'autorità giudiziaria”; G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 257. “Una nuova visione di privatizzazione”, che permea la recente riforma delle procedure concorsuali, è messa in luce anche da B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, saggio introduttivo in M. CATTANO-M. PALLADINO, *La riforma del diritto fallimentare*, 2006, p. XVI: “In quest'ottica [...] si pone lo spostamento del baricentro della nuova Legge Fallimentare dalla figura del giudice delegato a quelle del curatore e del comitato dei creditori”. La letteratura, che indica tale “assottigliamento dei poteri dell'autorità giudiziaria” (espressione, questa, di A. CONCAS, *Le origini e i presupposti del fallimento*, op. cit., p.1) come uno dei tratti caratteristici della riforma del diritto fallimentare, è, sul punto, davvero sconfinata. L'impostazione precedente, datata 1942, è perfettamente sintetizzata nella *Relazione* alla legge fallimentare, al n. 3: “la nuova legge assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico

In secondo luogo, passando al profilo funzionale, il fallimento si caratterizza per essere finalizzato alla soddisfazione delle pretese dei creditori²⁰⁷, a seguito della ristrutturazione dei debiti (nell'ipotesi di concordato fallimentare), o, rispettivamente, della distribuzione del ricavato della liquidazione, e cioè della conversione in denaro, del patrimonio assoggettato alla procedura fallimentare²⁰⁸.

Proprio da quest'ultima considerazione, riguardante l'aspetto funzionale del fallimento, si può riprendere la domanda lasciata in sospeso al termine del paragrafo precedente.

6.1.3. Perché un excursus storico?

Nella prima parte della nostra (pur sommaria) indagine storica – quella riguardante, per intenderci, gli anni a cavallo tra XIX e XX secolo – le parole spese sul fallimento devono essere parse tutt'altro che lusinghiere agli occhi del lettore. Si è parlato, infatti, di inidoneità della procedura fallimentare a risolvere in maniera soddisfacente certe situazioni di crisi; di difficoltà a fronteggiare le necessità di un ambiente economico-sociale che mutava in modo sempre più repentino a causa del rapido processo di industrializzazione allora in corso; e così via. Da tutto ciò scaturì una profonda quanto diffusa esigenza di cambiamento, cui il legislatore tentò di

e pone in essere tutti i mezzi perché la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore sia dei singoli creditori. Rispondono a questi criteri la nuova disciplina degli organi preposti al fallimento, con un accrescimento dei poteri del tribunale e del giudice delegato; la concentrazione dei poteri, assegnati dalla legislazione anteriore alla assemblea dei creditori, nel comitato dei creditori, nominato dal giudice delegato”.

²⁰⁷ Cfr. V. ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, 1967, XVI, p. 282: “la funzione del fallimento è sicuramente la soddisfazione forzata dei creditori”.

²⁰⁸ AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 77. Nello stesso senso, *Fallimento*, voce in *Dizionario enciclopedico del diritto*, 1979, I, p. 547, dove il fallimento viene definito come un “procedimento consistente nella liquidazione coatta del patrimonio di un imprenditore commerciale insolvente e nella ripartizione del ricavato fra i vari creditori”. Il soddisfacimento degli interessi patrimoniali dei creditori, realizzato tramite la liquidazione del patrimonio del debitore, è da sempre obiettivo imprescindibile. Lo confermano A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 53, i quali osservano che “la funzione propria e tipica di tutte le procedure concorsuali è il soddisfacimento dei creditori, sia pure ovviamente con modalità diverse nelle singole procedure. Su questa funzione si possono innestare, nelle singole procedure, anche altre finalità [...]: ma sempre in via complementare e suvalente”. In riferimento al fallimento, esempio tipico di funzione ‘aggiuntiva’ è l’estromissione dal sistema economico dell’impresa decotta al fine di evitare danni futuri al sistema, e in specie l’accumulo di ulteriore passivo difficilmente rimborsabile. La messa a fuoco di questa funzione è risalente: v., *ex multis*, C. D’AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, 1940; V. DENTI, *Il processo di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1004 e ss.; A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, 1956, p. 18.

rispondere con la predisposizione di nuovi strumenti per la risoluzione delle crisi d'impresa, diversi dal fallimento, da affiancare a questo.

Ecco allora la risposta alla domanda sullo scopo dell'*excursus* storico. Esso è stato compiuto con l'obiettivo specifico di far sorgere un'altra, fondamentale, domanda: qual era il difetto del fallimento, il suo peccato originale? Ovverosia, in termini più puntuali: qual era il carattere del fallimento che ne determinava, in certe situazioni, l'inadeguatezza? La risposta, questa volta, non si farà attendere.

6.2. La finalità perseguita (o la funzione assolta) dal fallimento.

A generare una parziale insoddisfazione nei confronti del fallimento erano state – tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento – le sue stesse caratteristiche, tramandate nel corso dei secoli e accolte anche nel codice di commercio del 1882.

In primo luogo, il fine che il fallimento aveva di mira, come individuato poco sopra: il soddisfacimento delle pretese dei creditori.

In secondo luogo, il modo in cui tale soddisfacimento si realizzava: la liquidazione del patrimonio complessivo del debitore insolvente²⁰⁹, e la successiva ripartizione del ricavato fra i creditori²¹⁰.

In virtù di questi due caratteri, evidentemente legati tra loro, il risultato finale era abbastanza prevedibile: l'eliminazione dell'impresa²¹¹.

Stando così le cose, il fallimento appariva per forza di cose inadeguato quando, di fronte ad un'impresa in crisi, l'obiettivo perseguito cessava di essere quello della

²⁰⁹ “Sul piano dell'oggetto della liquidazione, è assoggettato alla procedura l'intero patrimonio dell'imprenditore, inerente all'impresa o ad essa estraneo”: in questi termini, N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, op. cit., p. 290.

²¹⁰ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 45: “La realizzazione della responsabilità patrimoniale” avviene, nel fallimento, attraverso “la monetizzazione del patrimonio nei vari modi previsti e possibili [...] e la ripartizione dei creditori”.

²¹¹ Eliminazione dell'impresa che “pur se costituisce un dato normale, non rappresenta mai una funzione esclusiva del procedimento stesso”: così, A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, op. cit., p. 121. L'estromissione dell'impresa dal sistema economico viene spesso indicata come una vera e propria finalità perseguita dal fallimento, che si aggiunge a quella principale, della tutela e della soddisfazione dei creditori. In questo senso, sempre Bonsignori afferma che, se da un lato la “caratteristica essenziale” del fallimento “consiste nella liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente e nel soddisfacimento dei creditori secondo il [...] modello di concorsualità”, dall'altro la liquidazione e il riparto “svolgono l'ulteriore funzione di bloccare l'espandersi dell'insolvenza già maturata, e tendenzialmente di ridurla, se non di eliminarla” (p. 125). In senso analogo, più di recente, N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, op. cit., p. 293.

tutela dei creditori, sostituendosi a essa – per le ragioni più varie – il mantenimento dei posti di lavoro, la continuazione dell'attività d'impresa, la salvaguardia dei complessi aziendali. Tutti questi obiettivi, infatti, presupponevano la non disgregazione dell'impresa, cosa che invece puntualmente si realizzava in sede di liquidazione, soprattutto se atomistica, come spesso accadeva²¹².

In sintesi, il difetto – se così si può chiamare – del fallimento era dato dal suo *status* di procedura finalisticamente predefinita, che si snodava attraverso fasi ben scandite e che non era utilizzabile per raggiungere obiettivi diversi da quelli prestabiliti dal legislatore.

È forse più opportuno parlare, allora, di un limite del fallimento. Infatti, se si fosse trattato per davvero di un difetto intrinseco, ontologico dell'istituto, il legislatore del 1942 – come si vedrà, tutt'altro che sprovveduto o incoerente – si sarebbe trovato di fronte ad un bivio piuttosto netto: o modificare la disciplina del fallimento, purgandolo del preteso difetto; o sopprimere *in toto* l'istituto, espungendolo dal novero delle procedure concorsuali e dall'ordinamento nel suo complesso, per poi procedere alla sua sostituzione con nuovi strumenti, privi di quel difetto. Invece, così non è stato: il fallimento non solo non fu eliminato, ma, pur nelle tante innovazioni che lo interessarono²¹³, mantenne ferme le caratteristiche sopraindicate.

Indicative, sul punto, le parole di Navarrini, che all'epoca affermava: “L'istituto del fallimento è rimasto nel suo contenuto e nel suo spirito quale era nella legislazione precedente. È rimasto anzitutto quale istituto commerciale; del commerciante, se non ricorre la parola, ricorre il concetto; sono soggetti al fallimento [...] gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale; è rimasto nella sostanza inalterato il presupposto oggettivo, per la dichiarazione, l'insolvenza; è rimasta senza sostanziali modifiche l'organizzazione del processo di esecuzione generale e collettiva”²¹⁴. Per

²¹² Oltretutto, se è vero che la disgregazione dell'impresa si realizzava nel momento della liquidazione, il fallimento ostacolava la prosecuzione dell'attività d'impresa fin da subito, basti pensare allo spossamento: “La sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data, di pieno diritto, il fallito dell'amministrazione dei suoi beni ed anche di quelli che gli pervengono durante lo stato di fallimento” (art. 699, co. 1 c.co.).

²¹³ U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 7. Si tratta d'innovazioni riguardanti singoli aspetti della disciplina del fallimento che, per quanto importanti, non ne intaccano la funzione, che rimane inalterata: “la revocatoria fallimentare, la stipulazione del concordato, l'accertamento del passivo, la liquidazione dell'attivo, il procedimento sommario, il fallimento delle società, la riabilitazione, le disposizioni penali”.

²¹⁴ U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 7. Per quanto riguarda la limitazione del fallimento ai soli imprenditori commerciali, la sua origine storica e le sue ragioni sono

queste ragioni, egli concludeva senza indugi: “possiamo fin da questo momento premettere [...] che il fallimento è l’organizzazione collettiva (disciplinata dalla legge) dei creditori per essere soddisfatti in proporzione dei loro crediti sul patrimonio complessivo del debitore insolvente”²¹⁵.

Sempre negli anni quaranta, in termini analoghi si esprimeva Satta, in particolare quando descriveva il fallimento come un procedimento che, partendo dal dichiarato presupposto dell’impossibilità per il debitore di soddisfare tutte le sue obbligazioni, mira comunque a soddisfare tutte queste obbligazioni, e tutte in ugual misura, con tutti i beni del debitore²¹⁶. Ciò al punto che, nonostante le differenze esistenti tra fallimento ed esecuzione forzata siano profonde, l’antitesi tra i due istituti “non è tale, che si possa dedurne una differenza di funzione; così che si può senz’altro ritenere che il fallimento sia una forma di esecuzione, e precisamente un’esecuzione collettiva in contrapposto alla singolare”²¹⁷.

Questo, dunque, il fallimento datato 1942. Nulla di nuovo rispetto al passato, giacché esso si presentava ancora come procedura eminentemente liquidatoria, diretta alla tutela dei creditori e delle loro ragioni²¹⁸. Con la conseguenza che l’eliminazione dal mercato delle imprese commerciali cadute in stato d’insolvenza non rappresentava affatto – come talvolta si sente ancora affermare – un portato del regime dell’epoca,

analizzate da N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, op. cit., p. 17 e ss. e, soprattutto, p. 139 e ss.; nonché da L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 21 e ss. Qui basta dire che si tratta di una connotato fondamentale della nostra tradizione, tenuto fermo sia nel 1942 (v. le parole contenute nella *Relazione* alla legge fallimentare, al n. 2: “Nell’ampliare la materia già disciplinata dal terzo libro del codice di commercio, ho tuttavia mantenuto ferma la limitazione del fallimento alle imprese commerciali. Sono troppo note, perché qui debbano essere richiamate, le ragioni storiche che hanno determinato il sorgere del fallimento come istituto proprio dei commercianti: conviene solo ricordare che in questo senso è sempre stata la tradizione italiana”) che nel 2005-2007.

²¹⁵ U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 8.

²¹⁶ Cfr. S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 35-36.

²¹⁷ S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 38. V. anche P. PAJARDI, *Processo di fallimento: ultimo percorso prima del nuovo viaggio (relazione introduttiva)*, in *Cinquant’anni della legge fallimentare (1942-1992)*, op. cit., p. 3: “con tutte le possibile variegature storiche, il processo di fallimento è sempre stato «sentito» prima ancora che concepito come un procedimento esecutivo concorsuale, alternativo ma della stessa natura e con la stessa funzione rispetto al processo esecutivo individuale”.

²¹⁸ Cfr. P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 21, il quale afferma che “I fini del processo di fallimento sono di solare evidenza [...]: il soddisfacimento delle ragioni di tutti i creditori attraverso l’esecuzione forzata su tutto il patrimonio del debitore, con applicazione della regola della *par condicio creditorum*, ove, come di norma, i creditori siano più”. In direzione convergente, F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*, op. cit., p. 74 e ss., che si professano sostenitori della “tesi del fallimento come procedura disposta per la realizzazione coatta dei diritti dei creditori” (p. 77).

bensi – come abbiamo già evidenziato – un derivato della più classica concezione liberale dell'economia²¹⁹.

La legge fallimentare del 1942 voleva piuttosto qualificarsi come innovativa per il fatto di disciplinare compiutamente le “procedure minori”, previste per gli imprenditori commerciali per così dire “onesti ma sfortunati”²²⁰. Pertanto, “a situazioni di crisi differenti (insolvenza, temporanea difficoltà di adempimento delle obbligazioni) dovevano corrispondere, nel disegno del nostro legislatore, differenti strumenti di intervento”²²¹: si trattava di una sensibilità verso l'esigenza, fortemente avvertita nei sistemi industriali più sviluppati, di agevolare, in presenza di determinate condizioni, il risanamento delle imprese in crisi e il salvataggio di organismi produttivi che fossero intrinsecamente sani e competitivi sul mercato²²².

Perciò, per quanto riguardava i caratteri del fallimento, il legislatore rimase fedele alla tradizione; al contempo predispose strumenti per perseguire finalità differenti, con piena contezza del fatto che il primo non poteva essere una panacea per

²¹⁹ In questi termini: N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, op. cit., pp. 10-11.

²²⁰ Cfr. N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, op. cit., p. 11.

²²¹ “[segue] il fallimento o la liquidazione coatta amministrativa o il concordato per le crisi irreversibili; per quelle reversibili l'amministrazione controllata, alla quale, peraltro, la dottrina, fin dai primi commenti, aveva assegnato una funzione analoga a quella delle moratorie del codice di commercio del 1882, anche in considerazione del fatto che l'atteggiamento più indulgente del legislatore del 1942 verso le imprese in crisi poteva giustificarsi con l'esigenza dell'economia nazionale, chiusa nelle morsa dell'autarchia e della crisi produttiva generata dalla guerra, di salvare, anziché sopprimere, imprese ed iniziative economiche pericolanti”: così, S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 3.

²²² Per queste considerazioni, cfr. S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 4, i quali aggiungono poco dopo: “Detta prospettiva – contrariamente a ciò che talvolta si sente affermare – era bene presente anche al legislatore del 1942”. Spezza una lancia a favore dei redattori della legge fallimentare anche P. PAJARDI, *Processo di fallimento: ultimo percorso prima del nuovo viaggio (relazione introduttiva)*, op. cit., p. 9, il quale afferma che rispetto al “momento della prevenzione” (basato sul “concetto empirico per cui prevenire è assai meglio che rimediare”), “Totalmente non era immune neppure il legislatore del 1942, quando concepì quell'istituto dell'amministrazione controllata che avrebbe meritato ben altri fasti”. Infatti, tra tutti gli strumenti contenuti nel testo originario del regio decreto, l'amministrazione controllata era quello “specificamente preordinato al risanamento dell'impresa”, “una sperimentazione fondata sull'assunto che, accanto al concordato, fosse opportuno prevedere e disciplinare una specifica e compiuta procedura, grazie alla quale l'imprenditore commerciale potesse uscire dalla crisi, purché evidentemente contingente, con le sole proprie risorse, ossia senza la decurtazione concordataria dei debiti”: così, N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, op. cit., p. 15.

il problema del dissesto delle imprese²²³, nonostante la sua centralità all'interno del sistema²²⁴.

Sia ben chiaro, non è nostra intenzione compiere un'apologia della legge fallimentare del 1942 che, come messo in luce da più parti in dottrina, non era certamente perfetta²²⁵.

²²³ Significativa la testimonianza contenuta nella *Relazione* accompagnatrice, al n. 1: “L’idea di comprendere in una disciplina unitaria tutti gli aspetti della crisi economica dell’impresa non è frutto di una elaborazione dottrinarica, ma è il naturale sbocco di un vasto processo iniziato da molti anni, a seguito della constatata insufficienza del fallimento a regolare le diverse situazioni a cui la crisi dell’impresa può dar luogo. Il fallimento, nella sua stessa origine storica, non è che una esecuzione forzata, più complessa di quella individuale, ma sempre esecuzione, che tende alla liquidazione dell’impresa. Questo carattere si rivela esorbitante rispetto a quelle crisi economiche che non sono indici di mancanza di vitalità dell’impresa, e che possono essere superate senza arrivare alla liquidazione dell’impresa. La legge del 1903 sul concordato preventivo, correttivo e quasi antidoto del fallimento, ha inteso precisamente far fronte a tali speciali situazioni e l’istituto del concordato preventivo, oramai collaudato da un quarantennio di esperienza, non poteva non essere coordinato con la nuova legge sul fallimento. D’altra parte le vicende economiche di questi ultimi quaranta anni hanno mostrato come talvolta la crisi di un’impresa possa essere una momentanea difficoltà, che non implica impotenza a pagare i debiti. In relazione a queste situazioni, dopo l’abrogazione dell’inidoneo istituto della moratoria (1903), il nostro ordinamento, a differenza di molte leggi straniere, non disponeva di uno strumento adatto per consentire all’impresa di superare le difficoltà, senza rischio per i creditori; ma la pratica lo reclamava e sopperiva alla sua mancanza come poteva. Nel riformare l’istituto del fallimento non si poteva non tener conto anche di questo aspetto della realtà e a tal fine ho previsto, nel quadro della materia trattata dalla presente legge, il nuovo istituto dell’amministrazione dell’impresa sotto controllo giudiziario (amministrazione controllata). Infine l’organizzazione di controlli amministrativi su vaste categorie d’imprese, che involgono interessi di carattere generale (imprese assicurative, di credito, ecc.) e il conseguente assoggettamento di tali imprese - normalmente società o enti pubblici - a particolari forme di liquidazione amministrativa nei casi di più gravi irregolarità, hanno dimostrato che per tali categorie di imprese la stessa tutela degli interessi dei creditori, anche in caso di insufficienza patrimoniale, può essere meglio realizzata con procedure amministrative che con procedure giudiziarie. Le procedure di liquidazione amministrativa, previste da numerose leggi speciali, richiedevano però di essere ricondotte a un minimo di unità di principi e coordinate con la legge sul fallimento. A ciò provvede il titolo della presente legge dedicato alla liquidazione coatta amministrativa che è una delle novità salienti della presente riforma”.

²²⁴ Cfr. N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, op. cit., p. 16: “Insomma, se, come aveva osservato Alfredo Rocco, allora Ministro della Giustizia, nel 1930, «la prevenzione del fallimento è uno dei più difficili compiti che un legislatore ed un governo si possano assumere», si confermava l’opportunità di lasciare il fallimento al centro della pur unitaria legge di regolamentazione della crisi dell’impresa commerciale”. ID., *Le tendenze di riforma del sistema dei tipi procedurali*, op. cit., p. 1126: “la scelta di affiancare al fallimento e al concordato preventivo, l’istituto per allora nuovo dell’amministrazione controllata, trae origine dalla sentita esigenza di sperimentare un nuovo strumento per la risoluzione in via preventiva delle crisi, ma ciò pur sempre sul presupposto implicito che il centro del sistema debba rimanere il fallimento come procedura eminentemente liquidatoria, ossia che le imprese commerciali cadute in stato di insolvenza debbano essere sottoposte ad esecuzione concorsuale ed eliminate dal mercato”.

²²⁵ I principali difetti della legge fallimentare, nella versione *ante* riforma, sono stati di recente messi in luce da A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 19 e ss.; nonché da S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, op. cit., p. 4 e ss. Tra essi, uno dei più evidenziati dalla letteratura è la “visione sostanzialmente punitiva e sanzionatoria delle procedure concorsuali”: così, E. RICCI, *I soggetti passivi (appunti per un bilancio)*, in *Cinquant’anni della legge fallimentare (1942-1992)*, op. cit., p. 115. Questa visione era testimoniata dalla *Relazione* alla legge fallimentare, al n. 3: “Consapevole del danno che l’insolvenza dell’impresa reca all’economia generale, la nuova legge è giustamente severa

Si vuole soltanto evidenziare che non fu il legislatore degli anni quaranta ad attribuire al fallimento una funzione che, ad un certo punto, venne percepita come troppo ristretta, anzi: fu proprio dal raffronto tra fallimento – così come “ereditato” dalla tradizione – e nuove esigenze, nate nel mutato contesto economico-sociale, che nacque una legge in cui trovarono spazio, accanto a quella fallimentare, altre procedure, che non conducevano alla liquidazione dell’impresa²²⁶. L’aspetto più delicato, infatti, era proprio questo: nel fallimento, rispetto al soddisfacimento dei creditori, la monetizzazione del patrimonio del debitore si poneva come un passaggio obbligato²²⁷.

Particolarmente degno di nota, inoltre, è il fatto che il fallimento abbia mantenuto costante la sua finalità, anche nei decenni successivi, in cui pur dilagavano idee (come ad esempio la concezione pubblicistica del fallimento²²⁸, con Renzo

nelle sue sanzioni, dove vi sono responsabilità personali da colpire, come risulta dalle norme penali che la integrano, aliene da ogni malintesa indulgenza”.

²²⁶ Cfr. V. SPARANO, *Disciplina delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 9 e ss.: “Sono delineate quattro procedure distinte perché allo stesso concetto di difficoltà dell’impresa – che è alla base di tutta la normativa – può corrispondere una diversa entità e risolvibilità della stessa. La diversa gravità del fenomeno ha giustificato proprie normative che si concretizzano nelle finalità per le quali sono articolate le quattro procedure. A seconda delle prospettive, le procedure vanno divise in due gruppi che accostano rispettivamente la prima e l’ultima, cioè il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa da una parte, e la seconda e la terza, cioè il concordato preventivo e l’amministrazione controllata, dall’altra. per il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa [...] la finalità è quella liquidatoria [...] L’impresa che è assoggettata alle dette procedure passa attraverso la necessità della liquidazione per raggiungere in conseguenza l’estinzione. [...] All’inverso, le altre due procedure [...] consentono una previsione diversa all’evento di cessazione dell’impresa e sono finalizzate alla conservazione della stessa”. Peraltro, “Va chiarito che non sempre la finalità del concordato può dirsi quella del mantenimento della impresa perché una delle proposte di concordato preventivo, nel prevedere il soddisfacimento dei creditori, consente che esso avvenga attraverso la cessione di tutti i beni del debitore”. Inoltre, poiché l’Autore scrive dopo il 1979, aggiunge: “Le finalità di conservazione sono anche alla base di una ulteriore procedura concorsuale succeduta nel tempo e che è denominata amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi”. Considerazioni analoghe sono ribadite a p. 32 e ss.

²²⁷ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., pp. 16-17: “Secondo una affermazione ormai tralaticia”, il fallimento è diretto “ad assicurare il soddisfacimento dei creditori”, dove “per soddisfacimento si intende tradizionalmente un pagamento almeno parziale”; proprio questa “soluzione tradizionale dell’attribuzione ai creditori, secondo le regole della cosiddetta *par condicio*, di una somma di denaro correlata al ricavato della liquidazione del patrimonio del debitore [...] è però in parte superata”.

²²⁸ La concezione pubblicistica del fallimento (contrapposta a una tradizionale concezione privatistica) ha origini risalenti, come osserva A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, op. cit., p. 117 e ss.: “Già negli ultimi anni di applicazione del codice di commercio del 1882 si era fatta strada nella dottrina, forse sotto l’influenza delle idee corporativistiche correnti a quell’epoca, il convincimento che la partecipazione dell’autorità giurisdizionale al procedimento fallimentare non dovesse più essere rivolta alla tutela degli interessi dei singoli creditori e del debitore, ma risultare dedicata alla protezione del pubblico interesse [...] Questa innovazione in realtà ha avuto una portata meno rilevante di quel che si pensi; tuttavia un tale atteggiamento, forse più supposto che effettivo, dei redattori del r.d.l. 16 marzo 1942, n. 267, finì totalmente per influenzare la dottrina, tanto da sollevare una violenta contrapposizione

Provinciali²²⁹ tra i più convinti sostenitori) e prassi (qui il riferimento è al fenomeno del c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali²³⁰, in voga tra gli anni settanta e

fra i sostenitori della natura pubblicistica e quelli del carattere privatistico dei procedimenti concorsuali [...] Questa contrapposizione, peraltro, si è andata via via attenuando, soprattutto quando si è osservato che, data l'estrema astrattezza e generalizzazione del tema dibattuto, non si poteva pensare di risolvere un qualunque problema esegetico o sistematico, concernente i procedimenti concorsuali, ricorrendo al concetto di interesse pubblico o a quello di interesse privato, che pur si reputasse sottostante o, comunque, ispirante la vigente legge fallimentare. In questi ultimi anni, poi, il rifiuto della contrapposizione fra pubblicizzazione e privatizzazione del fallimento si è via via esteso [...] Si può, dunque, giungere all'asserzione che nei procedimenti concorsuali viene tutelata una molteplicità di interessi di varia natura". Se per certi versi – prosegue l'Autore – “non si può disconoscere che l'interesse pubblico al fallimento e agli altri procedimenti concorsuali sia maggiore che negli altri procedimenti civili”, resta comunque vero che “dalla semplice presenza in uno stesso contesto normativo di una pluralità di interessi pubblici, collettivi e privati, non discende automaticamente che quello pubblico prevalga su tutti gli altri”, ragion per cui “non si può formulare una risposta assoluta al problema, essendo invece necessario distinguere fra fase e fase del procedimento”. Conclude poi l'Autore (p. 122): “si può forse accettare la tesi che considera uno pseudo-problema la questione della natura privata o pubblica del fallimento. Si tratterebbe infatti di un problema mal posto [...] in quanto il fallimento, come ogni processo, trascende la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato”. Considerazioni analoghe in G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 4.

²²⁹ R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit.: “Declassare il diritto fallimentare alla tutela della categoria dei creditori, o degli imprenditori commerciali, o degli operatori del credito e del commercio [...] porta a fraintendere l'oggetto della tutela che [...] si dice concretarsi nella difesa pubblica dell'economia generale, del credito e della produzione” (pp. 40-41); “La legge del 1942 ha impresso un più vigoroso indirizzo pubblicistico al diritto concorsuale italiano” (p. 54); “A base dell'esecuzione forzata, sia singolare sia collettiva, sta, infatti, un duplice interesse: l'uno di natura privata [...] l'altro di natura pubblica [...] Questo interesse pubblicistico [...] nell'esecuzione collettiva sovrasta talmente l'interesse privato, da fissare le caratteristiche segnaletiche primarie dell'istituto” (p. 97); “costituendo l'insolvenza uno stato dannoso dell'economia collettiva, l'esecuzione collettiva ha per scopo il soddisfacimento di un interesse pubblico” (p. 98); “L'interesse pubblico [...] è in funzione della difesa dell'economia generale contro il fenomeno morboso dell'insolvenza, che minando la vita delle imprese commerciali, recide i gangli vitali della produzione e del credito, dai quali dipende il benessere del paese” (p. 99). V. anche ID., *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 22 e ss. *Contra*, già una decina di anni prima, F. SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, 1965, p. 109 e ss., la quale dimostra che la tutela giuridica degli interessi pubblici non è più forte nella legge del 1942 rispetto al passato: sono gli interpreti che tendono a dare un maggior risalto agli interessi pubblici, quando, invece, ogni norma della legge fallimentare deve essere interpretata per quello che è, non per quello cui può sembrare ispirata (filone pubblicistico o filone privatistico). Le osservazioni di questa Autrice sono fatte proprie da A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, op. cit., p. 119.

²³⁰ In un periodo di rapidi cambiamenti della realtà economico-sociale, i modelli di soluzione delle crisi offerti dalle procedure concorsuali tradizionali vennero sottoposti a violente tensioni, al punto che si parlò di “crisi”, manco a dirlo, di questi stessi modelli: cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 27-28; B. LIBONATI, *Crisi delle imprese e crisi del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1988, p. 455 e ss.; lo stesso A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, op. cit., p. 1 e ss., comincia la sua opera con un paragrafo dal titolo *La crisi del fallimento*. Furono questi gli anni in cui: a livello normativo, nacquero nuove procedure (es.: l'amministrazione straordinaria del 1979) con finalità di “salvataggio” delle imprese in crisi (v., *ex multis*, M. BIONE, *La «crisi» dell'impresa fra procedure concorsuali e interventi di salvataggio: note introduttive*, in *Impresa, ambiente, pubbl. amm.*, 1975, I, p. 390 e ss.); a livello fattuale, si cominciarono ad utilizzare le procedure tradizionali per raggiungere finalità diverse da (e talvolta contrarie a) quelle tipiche. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto (sul quale v., *ex multis*, AA.VV., *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, Atti del Convegno di Verona del 1977, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 229 e ss.), violente, oltre che molto puntuali, sono state le critiche di F. D'ALESSANDRO, *Politica della crisi d'impresa: risanamento o liquidazione dell'azienda*, in *Fall.*, 1980, p. 29 e ss., nonché quelle di A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, op. cit., in part. p. 522 e ss.,

ottanta del secolo scorso) di ogni genere e specie: sessant'anni non bastarono per scalfire nel profondo il fallimento, che mantenne intatta la sua funzione e le sue caratteristiche, fino alla riforma degli anni 2005-2007.

Riforma portatrice di tante novità: soppressione di una delle quattro procedure contenute nella legge fallimentare (l'amministrazione controllata)²³¹; modifiche alla disciplina di quelle rimanenti; riconoscimento normativo di strumenti privati di composizione delle crisi, quali gli accordi di ristrutturazione (art. 182-*bis*) e i piani di risanamento (art. 67, co. 3)²³².

Novità che – almeno nelle intenzioni del legislatore, quali risultano dalla *Relazione* ministeriale illustrativa – dovrebbero essere sintomatiche di una maggiore “sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell’impresa (beni produttivi e livelli occupazionali)” ed ispirarsi, coerentemente con la legislazione europea, “ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell’impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell’imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del ’42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale”; di qui la necessità di “considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell’impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali”²³³.

528, 546 e ss. Entrambi questi Autori concordano sul fatto che le procedure concorsuali non possono essere utilizzate né per il salvataggio generalizzato delle imprese in crisi in periodo di recessione, né quale stemperamento dei problemi occupazionali.

²³¹ Tant'è che anche il titolo del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, è cambiato: *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa*.

²³² Si tratta di veri e propri accordi stragiudiziali stipulati tra debitore e creditori, anche in deroga al sistema legale dei privilegi e al principio della *par condicio creditorum*: cfr. A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 27, nonché L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 11 e ss., 17 e ss. S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, op. cit., p. 8, affermano che “Il bagaglio delle opportunità offerte al debitore che intenda superare la crisi si è arricchito di nuovi strumenti, ancora assai poco utilizzati, ma dalle grandi opportunità”: per un rapido sguardo su questi nuovi strumenti, cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 389 e ss.

²³³ Cfr. S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 8. La stessa *Relazione*, poche righe prima rispetto a quelle citate nel testo, afferma che la disciplina originaria “si ispira ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell’impresa insolvente e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completo spossessamento del patrimonio del debitore che viene

Nondimeno, occorre rifuggire dalla tentazione di facili generalizzazioni. Si può affermare, con riferimento all'insieme delle procedure concorsuali, che “gli esiti della regolazione delle crisi dell'impresa, sono, in alternativa, il risanamento, la cessione dell'azienda o dei complessi aziendali, la liquidazione atomistica del patrimonio”²³⁴. Parole simili – pronunciate in ossequio alla *Relazione* – non possono però bastare, giacché occorre calarsi nel particolare della disciplina della singola procedura, per costatare i cambiamenti che l'hanno interessata e, se del caso, per fare dei distinguo; non è detto, infatti, che ogni procedura consenta di raggiungere ciascuno dei risultati predetti (risanamento, cessione dell'azienda o dei complessi aziendali, liquidazione atomistica).

In questa operazione di discernimento, molto utili sono le osservazioni svolte da Nicola Rondinone: “la riforma della nostra legge fallimentare concretata nel triennio 2005-2007 e progressivamente «corretta» con plurimi interventi normativi, ha essenzialmente annacquato gli obiettivi tradizionali del c.d. «fallimento commerciale» – attenuandone i profili sanzionatori e devitalizzando la revocatoria fallimentare – e nel contempo, in nome del *favor* per la conservazione dell'impresa in crisi, ha ampliato la varietà e utilizzabilità degli istituti «alternativi», in termini tali da relegare (almeno sulla carta) la procedura fallimentare a soluzione «residuale» per la regolazione delle crisi d'impresa”²³⁵. Tali parole, apparentemente banali, sono decisive per comprendere cosa sia realmente accaduto nel triennio in questione.

Con la riforma, in sostanza, abbiamo assistito: *i*) con riferimento specifico al fallimento, all'eliminazione o alla modifica di singoli frammenti di disciplina, alcuni ritenuti troppo penalizzanti per il fallito²³⁶, altri per i terzi che con esso entravano in

posto in una condizione di assoluta incapacità di disporre, anche con effetti extra concorsuali e di tipo personale del proprio patrimonio. In tale quadro, la finalità recuperatoria del patrimonio imprenditoriale ha finito per trovare collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento. Si tratta di una procedura che non risulta più adeguata alle finalità che la evoluzione socioeconomica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale”. I criteri e i principi direttivi seguiti dal governo nell'opera di riforma sono indicati nella legge delega: art. 1, co. 6, l. 14 maggio 2005, n. 80. Tuttavia, per una recente riaffermazione del primato sul piano teorico della tutela dei creditori quale “stella polare” delle procedure di insolvenza, v. L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, op. cit., p. 94 e ss., 116.

²³⁴ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 14.

²³⁵ N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, op. cit., p. 1.

²³⁶ In riferimento al debitore, gli interventi del legislatore della riforma consistono sia in modifiche, sia in vere e proprie eliminazioni di norme. Per quanto riguarda il primo caso, si può citare come esempio l'art. 49: questo venne considerato contrario all'art 16 Cost. e perciò riformulato in quanto,

rapporto²³⁷; ii) con riferimento al sistema “procedure concorsuali” nel suo complesso, ad una preferenza per la conservazione dell’impresa. Tale preferenza ha investito anche la procedura fallimentare, senza però stravolgerne le caratteristiche funzionali, cioè senza far sì che le istanze conservative conducessero ad mutamento dell’obiettivo del fallimento, sostituendo alla liquidazione il risanamento²³⁸. Si tratta di una precisazione di non poco conto, perché risanamento e conservazione individuano concetti completamente diversi: “il risanamento, infatti, investe l’impresa, la

nella versione originaria, stabiliva il divieto per il fallito di allontanarsi dalla sua residenza senza il permesso del giudice delegato, potendo quest’ultimo far accompagnare il fallito dalla forza pubblica in caso di mancata ottemperanza all’ordine di presentarsi. Per quanto riguarda il secondo caso, si può menzionare l’art. 50, completamente abrogato, il quale prevedeva l’iscrizione nel c.d. registro pubblico dei falliti: ciò, oltre a rappresentare una nota di infamia per il debitore, fungeva anche da presupposto per la soggezione di quest’ultimo a specifiche capacità, che non venivano meno con la chiusura della procedura, bensì solo a seguito della cancellazione dell’iscrizione medesima. Cancellazione che poteva avvenire solo con la sentenza di riabilitazione, emessa dal tribunale solo qualora il debitore avesse rispettato le condizioni fissate dall’originario art. 143. Come è stato giustamente osservato, “L’idea di base era che ci avesse vulnerato nella precedente esperienza le esigenze del credito commerciale solo eccezionalmente e dopo qualche tempo – ossia se dimostratosi [...] né «disonesto» né «inetto» - avrebbe potuto essere ammesso a esercitare nuovamente un’impresa commerciale”: in questi termini, N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, op. cit., pp. 294-295.

Non mancarono, tuttavia, norme completamente nuove. Un esempio su tutti è stato l’introduzione, anche del nostro ordinamento, del principio dell’esdebitazione, con il chiaro intento di “favorire il reinserimento del fallito nel contesto economico”: così, S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, op. cit., p. 5. Per una rapida analisi dell’istituto dell’esdebitazione (artt. 142 e ss., l. fall.), atto ad attribuire al fallito il c.d. *fresh start*, v. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 276 e ss.

²³⁷ Vale come esempio quello fatto da Rondinone, cioè la modifica della disciplina della revocatoria fallimentare. Come osservato da S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, op. cit., p. 5 e ss., l’uso “abnorme” della revocatoria – “le cui applicazioni concrete venivano ritenute eccessivamente penalizzanti”, soprattutto per “il ceto bancario” – fu il “detonatore” che avviò la riforma della legge fallimentare. Per una rapida analisi dell’istituto si rinvia, anche in questo caso, a A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 164 e ss. Più in generale, sull’esigenza di una disciplina meno severa degli effetti della crisi nei confronti dei terzi, v. A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 27.

²³⁸ Cfr. G. BOZZA, *Liquidazione dell’attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, in *Fall.*, 2014, p. 849: “la liquidazione dell’attivo fallimentare, pur profondamente ristrutturata dalla riforma, ha mantenuto l’obiettivo di attuare il massimo realizzo per consentire il più elevato grado di soddisfazione dei creditori, ma in essa ha assunto una centralità, precedentemente ignorata, la *res* azienda, al punto che [...] è data prevalenza alla vendita unitaria del complesso aziendale o di rami sulla vendita atomistica dei singoli beni. Questo non significa che il nuovo fallimento si ispiri ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell’impresa, o che nella nuova procedura fallimentare non si più individuabile un interesse esclusivo dei creditori ad essere soddisfatti, o che in essa confluiscono interessi economici e sociali più ampi che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale; in realtà è più corretto dire, per evitare il rischio di sovrapporre concetti diversi, che la funzione del fallimento va considerata non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma come destinato anche ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell’impresa, in modo da salvaguardare quel che resta della unitarietà delle strutture aziendali per procurare ai creditori una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il trasferimento a terzi delle stesse”.

conservazione attiene più specificamente al complesso aziendale; il risanamento è un fine, mentre il mantenimento del complesso aziendale è uno strumento conservativo che può essere finalizzato al risanamento ma anche ad altri scopi, tra cui quello liquidatorio, nel qual caso, l'impresa, intesa come attività economica dell'imprenditore fallito, può essere continuata (non per risanarla ma) per mantenere in vita quella organizzazione di beni e persone che ne costituisce lo strumento operativo, in da evitare la disgregazione dei fattori della produzione²³⁹. Conseguentemente, "procedure di risanamento sono quelle che consentono tutte quelle operazioni di ristrutturazione idonee ad eliminare quei fattori anomali che ne avevano determinato la crisi, riequilibrando costi e ricavi con una conseguente ripresa della redditività [...] Caratteristiche che si riscontravano nella abrogata amministrazione controllata, che sono presenti nell'amministrazione straordinaria e che si ritrovano, in parte, anche nel nuovo concordato [preventivo, ndr]"²⁴⁰: sono questi, dunque, gli "istituti alternativi" di cui parla Rondinone. Dal canto suo, il fallimento, pur non restando del tutto impermeabile alle nuove istanze conservative, ha mantenuto – possiamo dirlo – la sua "solita" finalità²⁴¹.

Con la riforma degli anni 2005-2007 si registra, per quanto riguarda i possibili esiti del fallimento, un "passaggio" dalla liquidazione atomistica dei beni (che comunque non viene meno, ma rimane come ipotesi residuale: v. artt. 105 e ss. l. fall.) alla cessione dell'azienda o dei complessi aziendali, ma pur sempre di liquidazione (cioè di vendita e conseguente monetizzazione del patrimonio del debitore) si tratta. Si assiste, insomma, a un avvicendamento – in cima alla scala di preferenza del legislatore – tra tipologie di liquidazione differenti, senza arrivare fino al terzo esito individuato sopra, cioè al risanamento, che rimane finalità propria di altre procedure²⁴².

²³⁹ Così, con particolare chiarezza, G. BOZZA, *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit. p. 849.

²⁴⁰ In questi termini, ancora una volta, G. BOZZA, *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit. p. 849 che peraltro, con riferimento al concordato preventivo, aggiunge che in esso "possono convivere entrambe le funzioni, a seconda del tipo di procedura concordataria che si sceglie".

²⁴¹ Cfr. S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, op. cit., p. 9: "Una volta che l'ordinamento abbia predisposto strumenti idonei a consentire accordi tra debitore e creditori volti ad evitare la liquidazione fallimentare, ed allorché quindi il fallimento venga effettivamente considerato come la soluzione residuale delle situazioni di dissesto, l'obiettivo fondamentale, ma si può ben dire esclusivo, della procedura fallimentare non può che consistere nella migliore liquidazione possibile nell'interesse esclusivo dei creditori".

²⁴² "L'intento del risanamento dell'impresa è completamente estraneo alla procedura fallimentare, che, seppur non più disgregatrice dell'impresa insolvente, rimane orientata alla tutela esclusiva dei

Pertanto, coglie nel segno chi afferma che è stato tenuto fermo “il sistema tradizionale dei tipi finalisticamente predefiniti [...] per cui è contemplata una procedura «ablattiva» per l’insolvenza attuale dell’impresa commerciale, ossia una procedura successiva alla conclamazione della crisi (effettuata con accertamento fondato precipuamente sugli indici esteriori degli inadempimenti) tipicamente a impronta liquidatoria e in cui l’imprenditore viene spossessato ed eliminato dal mercato, affiancata da una o più tipologie di procedure o istituti – necessariamente «preventivi» della prima – preordinati al tendenziale obiettivo della conservazione (di tutta o parte) dell’impresa, e almeno alcuni dei quali attivabili anche in uno stato di «preinsolvenza»²⁴³. Da questo punto di vista, poco è cambiato rispetto alla scelta legislativa compiuta nel 1942: si è deciso, infatti, di mantenere “il principio per cui l’accertamento giudiziale dell’insolvenza rappresenta lo spartiacque, ossia sancisce

creditori”: così, G. BOZZA, *Liquidazione dell’attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit. p. 851, che prosegue (p. 852 e ss.) osservando che “il legislatore della riforma [...] ha cercato di assicurare, con strumenti vari, il proseguimento dell’attività produttiva in vista e dopo l’accertamento della insolvenza; ma ciò ha fatto non allo scopo di risanare l’impresa, bensì al fine conservativo di non disperdere il valore del complesso aziendale nell’ottica di una massimizzazione del valore dell’attivo, che consenta, nell’interesse precipuo dei creditori, il più ampio margine di soddisfazione possibile [...] Si è così passati da una disciplina ispirata da una finalità essenzialmente liquidatoria e disgregatrice dell’impresa insolvente, nella quale il recupero del patrimonio imprenditoriale trovava collocazione secondaria, a quella attuale che non esclude la salvaguardia degli organismi ancora vitali se coniugata con il rispetto dei diritti di credito e, per questo, riposta prima di tutto nelle mani dei creditori stessi. È questo il massimo sforzo che il legislatore poteva fare dal momento che, nel nuovo fallimento, non è mutato il presupposto soggettivo dello stesso, che si rapporta ancora all’imprenditore commerciale e non all’impresa e immutato è rimasto anche il requisito oggettivo dell’insolvenza, che prescinde dalle cause che l’hanno determinata e da quell’apparato strutturale, presente nella procedura di amministrazione straordinaria, teso a valutare da parte di organi indipendenti la reversibilità dell’insolvenza e la fattibilità del recupero. Ed è proprio questa carenza che segna un momento di netta differenziazione del fallimento dall’amministrazione straordinaria, che, come il fallimento, ha quale presupposto la dichiarazione di insolvenza”. Tirando le fila del discorso, l’A. afferma che “la nuova disciplina del fallimento – che mantiene la sua vocazione liquidatoria – consente e favorisce modalità per addivenire alla cessione unitaria dell’azienda o suoi rami, di modo che la «espropriazione dell’impresa» che il fallimento determina assume la funzione, non più di disgregazione, ma di spogliare l’imprenditore dall’amministrazione della stessa non appena si appuri l’insolvenza, per evitare che la patologia da cui è afflitta degeneri ulteriormente impedendo la liquidazione unitaria del complesso aziendale e il realizzo del maggior ricavo nell’interesse dei creditori. E questa è una conquista normativa del legislatore della riforma”.

²⁴³ N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, op. cit., pp. 264-265, il quale in nota (493) cita L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, op. cit., p. 177 e ss., 231 e ss., Autore che preferisce distinguere tra procedure di primo *round* o “riabilitative” (fra cui il nostro concordato preventivo) e procedure di secondo *round* o eminentemente “liquidatorie” (fra cui il nostro fallimento). Idee di questo tipo (fallimento concepito come *extrema ratio*, cui preferire, ove possibile, altri strumenti con finalità differenti) non sono certo appannaggio esclusivo della riforma, come testimoniano le parole di V. SPARANO, *Disciplina delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 31, pronunciate negli anni ottanta: “Posto il fallimento come estrema ipotesi, al fine di evitarlo, vi erano le misure alternative che ne rappresentavano l’antitesi”.

che gli eventuali «istituti di salvataggio» non sono riusciti nel loro intento, e determina l'avvio di una procedura concorsuale (il fallimento), già finalisticamente orientata alla liquidazione»²⁴⁴.

In conclusione: il fallimento, dal punto di vista funzionale, non ha mutato i propri connotati. Molti sono stati gli aspetti modificati, ma la finalità perseguita è rimasta sempre la medesima, sia nel passaggio dal codice di commercio del 1882 al regio decreto del 1942, sia nella grande opera di riforma di quest'ultimo, attuata nel nuovo millennio²⁴⁵. Si tratta di un'evidenza innegabile, sicché “il prospettare finalità concorrenti, quali la salvaguardia degli organismi produttivi e la tutela di interessi ulteriori, e addirittura in contrasto con quelli dei creditori, si traduce in un misconoscimento della funzione tipica del fallimento”²⁴⁶.

Fatta chiarezza su questi punti, avremo modo di discorrere – nella parte dedicata all'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito *ex art. 104 l. fall.* – del modo in cui le istanze conservative della riforma sono state recepite all'interno della procedura fallimentare²⁴⁷.

²⁴⁴ “[*segue*] e nell'ambito della quale l'imprenditore perde ogni bene e potere”: così, ancora, N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, op. cit., p. 270.

²⁴⁵ Parla di permanenza di “un ideale filo di giunzione con la funzione storica dell'istituto”, N. RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 149 e ss., p. 194.

²⁴⁶ S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, op. cit., p. 9. Bisogna perciò dissentire da chi accosta “fallimento” e “risanamento”, come sembra fare G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 2: “con la legge fallimentare del 1942 lo scopo del fallimento era sostanzialmente liquidatorio-sanzionatorio, per eliminare dal mercato le imprese insolventi. Tenuto conto delle nuove esigenze che già erano emerse da tempo e delle riforme della legislazione concorsuale operate in vari stati europei, la nuova disciplina del fallimento mira in primo luogo alla conservazione degli organi dell'impresa [...] assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento delle strutture aziendali”.

²⁴⁷ Come ricorda G. BOZZA, *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit. p. 854, il legislatore della riforma ha posto al centro della liquidazione l'azienda nella sua unitarietà, che costituisce l'essenza della funzione conservativa, “ma poiché la vendita dell'azienda non è immediata, ha assicurato la sua conservazione dinamica mediante altri strumenti quali l'esercizio provvisorio e/o l'affitto”.

6.3. Per finire: una nozione sintetica di fallimento.

A questo punto, com'è stato fatto con riguardo alle procedure concorsuali, è possibile proporre una nozione di fallimento²⁴⁸: esso costituisce una “procedura giudiziaria che si caratterizzava e ancora si caratterizza [...] per ciò che il patrimonio dell'imprenditore insolvente viene sottratto all'amministrazione e al potere di disposizione dello stesso e viene destinato – previa reintegrazione, in particolare con le azioni revocatorie e recuperatorie, e liquidazione – al soddisfacimento dei creditori in misura tendenzialmente paritetica”²⁴⁹.

Qui si chiude la nostra “presentazione” del fallimento. Tuttavia, non è ancora tempo di cessare ogni discorso al riguardo: esistono, infatti, due norme che – pur venendo in rilievo in uno stadio più avanzato della trattazione, quando si entrerà nel vivo delle problematiche che vedono coinvolte le società a partecipazione pubblica – meritano una breve analisi in questa sede, poiché rientranti a pieno titolo nella materia fallimentare.

²⁴⁸ Di diverso avviso è, tuttavia, G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 1: “È però subito il caso di notare che una definizione precisa ed esauriente del fallimento non si può dare”.

²⁴⁹ Anche questa definizione, come quella di procedure concorsuali, è di A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 27. Nello stesso senso, A. CONCAS, *Le origini, finalità e presupposti del fallimento nell'Ordinamento Italiano*, op. cit., p. 1: “Il fallimento, nell'ordinamento giuridico italiano, è una procedura concorsuale liquidatoria, che coinvolge l'imprenditore commerciale con l'intero patrimonio e i suoi creditori. La procedura è diretta all'accertamento dello stato di insolvenza dell'imprenditore, all'accertamento dei crediti vantati nei suoi confronti e alla loro successiva liquidazione secondo il criterio della *par condicio creditorum*, tenendo conto delle cause legittime di prelazione”. Prima della riforma, una nozione simile si può rinvenire alla voce *Fallimento*, in *Enciclopedia Garzanti del diritto*, 1993, pp. 516-517: “procedura giudiziaria mediante la quale il patrimonio di un imprenditore insolvente viene sottratto alla sua disponibilità e destinato alla soddisfazione paritaria dei creditori, nella misura massima concretamente possibile; a tal fine il patrimonio può essere reintegrato con apposite azioni, tra cui assume particolare rilievo l'azione revocatoria”.

7. L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito.

La prima norma è quella contenuta nell'art. 104 l. fall.²⁵⁰, rubricato *Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito* e recante la disciplina dell'omonimo istituto, peraltro già contemplato nel sistema *ante* riforma dal vecchio art. 90 l. fall²⁵¹.

7.1. Una premessa.

Si può cominciare con una considerazione di ordine topografico: l'articolo in questione si colloca nel Capo VI del Titolo II della legge fallimentare (artt. 104-109), rubricato *Dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo*, in cui sono disciplinati istituti tra loro eterogenei, quali – oltre al già menzionato esercizio provvisorio dell'impresa in corso di procedura – l'affitto d'azienda o di rami d'azienda (art. 104-*bis*) e la liquidazione dell'attivo (artt. 104-*ter*-108).

La domanda sorge spontanea: cosa tiene insieme istituti così differenti l'uno dall'altro? Ebbene, è stato osservato che “un filo logico che leghi la liquidazione dell'attivo, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda” può essere rinvenuto nel fatto che “l'attuale disciplina di questi istituti è chiaramente orientata alla preservazione dell'integrità e funzionalità degli organismi produttivi ancora «vitali» in vista della loro cessione unitaria a terzi, nel convincimento che in tal modo si può, per un verso, ottenere una maggior soddisfazione delle ragioni creditorie” e, “per altro verso, consentire la riallocazione di risorse potenzialmente produttrici di ricchezza e la

²⁵⁰ Per un esame approfondito della fattispecie, si segnalano le seguenti monografie: A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, 2013; P. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, 2011; C. FIENGO, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, 2009.

²⁵¹ Rubricato *Esercizio provvisorio*, con il seguente testo: “1. Dopo la dichiarazione di fallimento il tribunale può disporre la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa del fallito, quando dall'interruzione improvvisa può derivare un danno grave e irreparabile. 2. Dopo il decreto previsto dall'art. 97, il comitato dei creditori deve pronunciarsi sull'opportunità di continuare o di riprendere in tutto o in parte l'esercizio della impresa del fallito, indicandone le condizioni. La continuazione o la ripresa può essere disposta dal tribunale solo se il comitato dei creditori si è pronunciato favorevolmente. 3. Se è disposto l'esercizio provvisorio a norma del comma precedente, il comitato dei creditori è convocato dal giudice delegato almeno ogni due mesi per essere informato dal curatore sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sulla opportunità di continuare l'esercizio. Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio se il comitato dei creditori ne fa richiesta, ovvero se in qualsiasi momento ne ravvisa l'opportunità. 4. Il tribunale provvede in ogni caso con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentito il curatore”.

conservazione, almeno parziale, dei livelli occupazionali”²⁵², fermo restando che “la tutela dei posti di lavoro [...] non è un fine perseguito (e perseguibile) attraverso le procedure concorsuali e il fallimento in particolare”²⁵³.

Se il legislatore del 1942 aveva essenzialmente concepito l’esercizio provvisorio dell’impresa come strumento amministrativo della procedura²⁵⁴, il legislatore della riforma ha collegato la fattispecie espressamente alla fase liquidatoria, ritenendola, unitamente all’affitto, uno strumento propedeutico alla massimizzazione dell’attivo²⁵⁵: tale mutamento della *sedes materiae* – è stato osservato – risponde ad una nuova concezione dell’esecuzione collettiva, volta alla liquidazione dei beni del fallito non più attraverso operazioni casuali e non coordinate tra di loro, ma tramite un programma di liquidazione unitario e predeterminato dal curatore, che consenta di evitare, per quanto possibile, la disgregazione dei cespiti dell’impresa e permetta, preferibilmente, l’allocazione in blocco del complesso aziendale ancora vitale e potenzialmente produttivo di reddito²⁵⁶.

²⁵² A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 232.

²⁵³ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 238. Nello stesso senso, F. FIMMANO’, *Commento all’art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO, 2007, II, p. 1582-1583: “Il fine della mera prosecuzione dell’attività economica in funzione del mantenimento dell’occupazione non è contemplato nel fallimento [...] L’unica norma che prende in considerazione questo profilo è l’art. 104-bis, in tema di affitto, ma solo come elemento comparativo al fine della scelta dell’affittuario, in quanto il contratto ha funzioni conservative e non di liquidazione in senso proprio ed il relativo canone ha del pari funzioni diverse dal prezzo di vendita. Ed in questo contesto non v’è alcuna incoerenza sistematica (anzi) nel fatto che il riferimento «conservazione dei livelli occupazionali» scompare del tutto nelle norme di cui agli artt. 104 e 105”.

²⁵⁴ Per un rapido scorcio sulla disciplina anteriore alla riforma, si segnalano i seguenti contributi: A. BASSI, *L’esercizio provvisorio*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE-A. BASSI, 2011, III, p. 307 e ss.; F. LICONTI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, 2007, p. 388 e ss.

²⁵⁵ In questi termini, F. FIMMANO’, *Commento all’art. 104*, op. cit., p. 1586. La nuova collocazione è definita “significativa sotto il profilo sistematico” da B. MEOLI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA-L. PANZANI, 2009, II, p. 1163.

²⁵⁶ Così, F. LICONTI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 391. L’Autore ritiene inoltre che la nuova collocazione dell’istituto possa mettere fine alla lunga diatriba dottrinale tra chi riteneva l’esercizio provvisorio un’attività prettamente amministrativa e conservativa, chi un’attività liquidatoria (se pure in senso lato) e chi, infine, la riteneva attività di un tipo o dell’altro a seconda della fase della procedura fallimentare in cui veniva disposta; *ibidem*, i riferimenti bibliografici essenziali per ciascuna di queste correnti di pensiero.

Per quanto riguarda la liquidazione dell’attivo fallimentare, le novità apportate dalla riforma hanno segnato un netto cambio di rotta: la vendita è diventata una vera e propria attività manageriale, caratterizzata da programmazione, pianificazione, valutazione di possibili alternative e scelte ponderate alla luce dei vari interessi in gioco. Per queste e altre considerazioni, si vedano: F. FEZZA, *Il programma di liquidazione*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE-A. BASSI, op. cit., p. 243 e ss.; C. PROTO, *Della vendita dell’attivo fallimentare*, in *Il diritto fallimentare*

Esercizio provvisorio dell'impresa e affitto del complesso aziendale sono dunque istituti che la legge prevede nel preminente interesse dei creditori a una più proficua liquidazione, evitando che con l'apertura del fallimento si disperdano, in particolare, i cc.dd. valori inespressi dell'azienda del fallito, con conseguente decurtazione dell'entità del possibile realizzo della liquidazione²⁵⁷.

Si può perciò concludere, con specifico riferimento all'esercizio provvisorio dell'impresa, che esso consiste in una misura strumentale alla successiva attività di liquidazione²⁵⁸: è questo intenso rapporto di strumentalità a giustificare la collocazione dell'istituto all'interno della legge²⁵⁹.

7.2. La funzione.

Prima della riforma, le incertezze riguardanti la funzione dell'istituto erano notevoli. Fin dalla sua introduzione nel nostro ordinamento, dell'esercizio provvisorio sono stati evidenziati soprattutto i caratteri di conflittualità con le esigenze della liquidazione fallimentare²⁶⁰. Esso era considerato un istituto disomogeneo rispetto alla

riformato. Commentario sistematico, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, op. cit., p. 445 e ss.; L. PANZANI, *Il programma di liquidazione*, in *Fall.*, 2005, p. 1067 e ss. *Ante riforma*, auspicava il superamento di una visione tradizionale dell'attività liquidatoria, come vincolata e priva di gestionalità, G. TERRANOVA, *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 1662 e ss.

²⁵⁷ In questi termini, AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., pp. 79-80. In direzione convergente, N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, op. cit., p. 328: con riferimento ad esercizio provvisorio dell'impresa e affitto d'azienda, egli osserva che "I due istituti risultano [...] accomunati dalla loro finalizzazione a salvaguardare i valori aziendali – invero nei (pochi) casi in cui non siano già venuti meno – in vista di favorire una più proficua successiva liquidazione dell'azienda".

²⁵⁸ Cfr. F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1582, 1585, il quale, dopo aver osservato che la procedura fallimentare "può servirsi degli strumenti di conservazione dinamica del complesso organizzato di beni e persone, solo laddove la scelta sia opportuna sul piano economico nel senso di utile alla proficua liquidazione", definisce l'esercizio provvisorio dell'impresa come "strumento conservativo del patrimonio, preparatorio della liquidazione e di carattere temporaneo".

²⁵⁹ Sul tema, si segnala la riflessione svolta da F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1584-1585: "L'esercizio provvisorio pur se inserito in un Capo unitario con la liquidazione dell'attivo riguarda comunque *la fase di amministrazione dei beni del fallito*, risolvendo sostanzialmente i problemi della organizzazione e della custodia. Amministrazione e liquidazione non sono attività tra loro incompatibili, anzi la seconda presuppone che i beni da alienare siano mantenuti nella piena efficienza e redditività sino a quando non vengono venduti. In ogni caso, considerato che la finalità principale del fallimento è la liquidazione del patrimonio del debitore assoggettato alla procedura, è evidente che l'esercizio provvisorio deve essere funzionale alla stessa e questo è il motivo dell'inserimento sotto il medesimo capo".

²⁶⁰ Caratteri di conflittualità illustrati, sinteticamente ma con chiarezza, da B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1164.

procedura che lo contemplava, da utilizzare in ipotesi del tutto eccezionali. Per questo motivo, in mancanza di più precisi riferimenti, il “danno grave ed irreparabile” (cui il previgente art. 90 collegava l’esercizio provvisorio) era prevalentemente identificato con il danno arrecato agli interessi dei creditori²⁶¹.

Questa interpretazione non era però l’unica. Alcuni autori, proprio a partire dalla mancanza di un riferimento esplicito all’interesse dei creditori, ritenevano che si potesse ricorrere all’esercizio provvisorio anche per perseguire interessi ulteriori rispetto a quelli del ceto creditorio; interessi individuati nelle esigenze di preservare la funzionalità dell’azienda, permettere la prosecuzione dei rapporti di lavoro, assicurare l’erogazione di servizi essenziali, e così via²⁶².

Gli orientamenti assunti in dottrina oscillavano, dunque, “tra una teoria liquidatoria, alla cui stregua la continuazione dell’attività costituirebbe uno strumento utilizzabile per la migliore vendita di prodotti e semilavorati da ultimare, ed una teoria che potremmo definire conservativa, secondo cui, invece, l’esercizio sarebbe funzionale al mantenimento del valore produttivo ed economico dell’impresa”²⁶³. Ciononostante, già allora c’era chi, sotto il profilo funzionale, sottolineava la non contrapposizione tra interesse dei creditori ed interesse alla conservazione del compendio aziendale²⁶⁴.

Con la riforma, il legislatore ha inteso eliminare le aporie che circondavano la disciplina previgente, vera origine del dibattito che – con grossa approssimazione – si è sopra riassunto; ma non si è fermato a questo. Com’è stato correttamente osservato, “il legislatore del 2006 ha riservato particolare attenzione all’esigenza di valorizzazione in sede liquidativa degli *assets* aziendali”²⁶⁵, predisponendo “una serie di misure di salvaguardia del valore produttivo dell’azienda, al fine di consentire – ove possibile – il riavvio del suo esercizio ovvero la sua circolazione, e, comunque, di

²⁶¹ Cfr. A. BASSI, *L’esercizio provvisorio*, op. cit., p. 310.

²⁶² Per queste considerazioni, accompagnate dai dovuti riferimenti bibliografici, v. B. MEOLI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., pp. 1164-1165.

²⁶³ B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell’esercizio dell’impresa*, in *Fall.*, 2005, p. 1042 e ss., in part. p. 1045. Secondo l’Autore, il dibattito tra sostenitori delle due diverse teorie era “alimentato, per un verso, dalla necessaria poliformità, sotto il profilo funzionale, dell’istituto in questione, e, per l’altro, da una non del tutto giustificata contrapposizione tra interesse dei creditori ed interesse alla conservazione dell’impresa” (p. 1046).

²⁶⁴ V., *ex multis*, A. CAVALAGLIO, *L’esercizio provvisorio dell’impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 235 e ss.

²⁶⁵ F. FEZZA, *Il programma di liquidazione*, op. cit., p. 247.

conservare la potenzialità di liquidazione e di realizzo di quei cespiti produttivi (quali ad esempio quelli immateriali) che la sospensione dell'attività d'impresa fa deperire, così frustrando le aspettative di soddisfazione dei creditori”²⁶⁶.

Tra le misure adottate figura l'esercizio provvisorio dell'impresa, che il legislatore ha deciso di promuovere con forza: “la riforma della legge fallimentare punta sulla misura dell'esercizio provvisorio in funzione della salvaguardia del valore aziendale, e, allo scopo di stimolarne l'attivazione, indica la strada del rafforzamento del ruolo svolto dal curatore e dai creditori, e della costituzione di un legame funzionale tra l'esercizio stesso ed il piano di liquidazione”²⁶⁷.

Queste brevi considerazioni ci introducono al tema del presente paragrafo: l'individuazione, nell'impianto normativo vigente, della funzione da assegnare all'istituto del quale ci stiamo occupando.

Nel fare ciò, rilevante è la contestualizzazione dell'art. 104 l. fall. nell'ambito del capo in cui il legislatore del 2006 l'ha inserito che, come detto in precedenza, è quello dedicato alla liquidazione dell'attivo²⁶⁸.

In tale contesto, valore preminente assume la disposizione dell'art. 105, co. 1 l. fall.²⁶⁹, secondo cui “La liquidazione dei singoli beni ai sensi degli articoli seguenti del presente capo è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori”. Tale disposizione manifesta in modo esplicito il *favor* del legislatore per i trasferimenti “aggregati”²⁷⁰ – cioè per le

²⁶⁶ B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, op. cit., p. 1042.

²⁶⁷ B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, op. cit., p. 1044. Un altro importante “incentivo” è indicato dalla *Relazione* accompagnatoria del d.lgs. n. 5/2006, *sub* art. 104 l. fall.: “Sul piano sostanziale, degna di rilievo è la disposizione secondo la quale i contratti pendenti alla data del fallimento proseguono durante l'esercizio provvisorio, salva la facoltà del curatore di chiederne lo scioglimento secondo le norme dettate in materia di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti (Sezione IV del Capo II del Titolo II)”. Per un'analisi di quest'ultima disposizione, v. F. FIMMANO, *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1610 e ss.

²⁶⁸ Cfr. B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1165.

²⁶⁹ La centralità dell'art. 105 l. fall. è sottolineata da B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1166. Lo stesso fa F. FEZZA, *Il programma di liquidazione*, op. cit., p. 248, che però indica anche l'art. 103-ter l. fall. come parte del “fulcro attorno al quale ruota la valorizzazione dell'azienda nell'ambito della liquidazione dell'attivo”.

²⁷⁰ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 240. Per trasferimenti (o cessioni) “aggregate” si intendono “le vendite non atomistiche di beni”: *ivi*, p. 247.

vendite dei complessi aziendali nella loro interezza²⁷¹ – ed è strettamente connessa a quanto detto sopra circa le istanze conservative che con la riforma hanno investito la procedura fallimentare, come ricorda Giuseppe Bozza: “il nucleo della funzione conservativa, una volta dichiarato il fallimento, si trova nella previsione della vendita dell’azienda o rami della stessa e nella prevalenza della vendita unitaria dell’azienda su quella parcellizzata”²⁷².

Può allora affermarsi che l’art. 105 l. fall. “integra [...] un indirizzo programmatico che getta luce anche sulla funzione dell’esercizio provvisorio: esso è, con tutta evidenza, uno strumento atto a conservare i valori aziendali, onde attuare, se possibile, una migliore liquidazione del complesso produttivo”²⁷³.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che l’esercizio provvisorio appartiene al *corpus* di norme riguardanti il fallimento, procedura che, come sappiamo, “non mira alla ristrutturazione aziendale, bensì alla liquidazione dell’attivo e alla soddisfazione concorsuale dei creditori”²⁷⁴.

Orbene – utilizzando una metafora – non si vede come, all’interno di uno stesso organismo, alcuni organi possano dissociarsi e condurre una vita parallela, realizzando obiettivi propri, contrastanti con quelli perseguiti dal primo. Ci troveremmo di fronte ad una situazione patologica, in cui il fallimento – piegato al raggiungimento di scopi che gli sono estranei – diviene procedura del tutto incoerente²⁷⁵.

²⁷¹ La conclusione è ampiamente diffusa in dottrina. V., *ex multis*, B. MEOLI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 1166; nonché F. FEZZA, *Il programma di liquidazione*, op. cit., p. 248. Parla di “infelice formulazione della norma” (dovuta al fatto che la sua lettera “può autorizzare l’interpretazione opposta, secondo la quale, eccettuato il caso in cui la cessione in blocco dell’azienda si dimostri più proficua, di regola, e nel caso che sia pronosticabile un realizzo sostanzialmente equivalente, vada preferita e praticata la liquidazione su logica atomistica”), F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell’impresa nel fallimento*, 2010, p. 32 e ss.; ciononostante, prosegue l’Autrice, “la stessa va intesa, alla luce dell’intento del legislatore storico e della fedeltà allo spirito della legge e del sistema, nel senso di privilegiare le più complesse ma ben più proficue tecniche di cessioni in blocco, mentre è fin troppo evidente che le vendite parcellizzate disperdono plusvalori legati all’organizzazione”.

²⁷² Così, G. BOZZA, *Liquidazione dell’attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit. p. 855.

²⁷³ B. MEOLI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 1166.

²⁷⁴ Così, P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 2009, p. 646.

²⁷⁵ In effetti, in giurisprudenza, non sono mancate pronunce che hanno assegnato all’esercizio provvisorio la funzione di consentire l’attuazione di una situazione processuale nuova, che favorisca l’intervento risanatore: v., *ex multis*, Trib. Messina, 8 luglio 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1257 e ss., dov’è stato dichiarato il fallimento di una società già ammessa all’amministrazione controllata, poiché la procedura si stava rivelando infruttuosa, laddove “col fallimento può ottenersi una situazione nuova che favorisce interventi risanatori che consentano di mantenere l’azienda nella sua attuale struttura, conservandone intatto o addirittura potenziandone il valore. In tal caso, assieme alla dichiarazione di fallimento, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti per la continuazione temporanea

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso di un tribunale che, ai sensi dell'art. 104, co. 1 l. fall., con sentenza dichiarativa di fallimento disponga l'esercizio provvisorio dell'impresa, in funzione del risanamento aziendale: il prospettare, nella sentenza di fallimento, un'ipotesi di risanamento da attuarsi per il tramite dell'esercizio provvisorio, "inciderebbe sulla configurabilità stessa dell'insolvenza e, dunque, sulla legittimità della declaratoria fallimentare"²⁷⁶.

Il discorso non cambierebbe in caso di esercizio provvisorio disposto ai sensi del secondo comma dell'art. 104 l. fall.: "in tutte le diverse fasi la continuazione può avere finalità conservative dei valori aziendali, ma giammai essere utilizzata in funzione del risanamento dell'impresa appartenente al debitore fallito, obiettivo assolutamente estraneo alla procedura fallimentare in quanto tale"²⁷⁷. In altri termini, "non si fa questione, nemmeno in caso di apertura dell'esercizio provvisorio, di realizzare in via giudiziaria o amministrativa veri e propri piani di risanamento, obiettivo che esorbita

dell'esercizio dell'impresa". Critico B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1165, quando osserva che un'impostazione simile "rischia, invero, di assecondare una deviazione dell'istituto, piegandolo al perseguimento di politiche di risanamento dell'impresa ovvero di attenuazione dell'impatto sociale dell'insolvenza, che sono estranee alla finalità della procedura fallimentare".

²⁷⁶ B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, op. cit., p. 1047, che poi prosegue: "infatti, asserire che, con l'esercizio in questione, sia possibile superare la crisi dell'impresa, ad esempio pagando i creditori onde consentire la chiusura della procedura [...], equivarrebbe ad affermare che l'impresa non versi appunto in stato di insolvenza e, dunque, ingiustificata sarebbe la sua sottoposizione alla procedura concorsuale". Nello stesso senso, F. FIMMANO', *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 756 e ss. L'incompatibilità tra esercizio provvisorio e risanamento è, nel sistema fallimentare previgente, evidenziata da Cass., Sez. I, 9 gennaio 1987, n. 71, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 562 e ss.

Dopo la riforma, le osservazioni di Meoli sono riprese e fatte proprie da F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1589. Sulla stessa linea di pensiero, B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, op. cit., p. XXXV: "Quanto alla funzione dell'esercizio provvisorio adottato nella fase di avvio della procedura, ci sembra di poter escludere che esso possa operare ai fini di risanamento dell'impresa, giacché in contrasto con la sussistenza dello stato di insolvenza che il tribunale è chiamato ad accertare in concomitanza dell'emissione del relativo pronunciamento". Oltretutto, lo stato d'insolvenza è presupposto indefettibile perché sia autorizzato l'esercizio provvisorio. Sul punto, v. F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, op. cit., p. 26: "quanto ai presupposti, l'esercizio provvisorio si fonda, tecnicamente, sulla sussistenza effettiva e non meramente potenziale dello stato di insolvenza; non suppone una sorta di errore di valutazione, che avrebbe condotto alla sottoposizione a fallimento di imprese la cui situazione di crisi non poteva essere considerata grave". Si tratta dunque di uno stato d'insolvenza in piena regola, come l'Autrice osserva poco dopo: "la legge non pone tra le condizioni per l'esercizio provvisorio che lo stato di insolvenza sia qualificabile come «reversibile» [...] ossia, non richiede che illiquidità e in capienza patrimoniale appaiano tuttavia non disgiunte dalla legittima aspettativa di arrivare ad un arresto delle perdite ed al ripristino dell'equilibrio economico fino a tornare alla redditività della gestione. Non è questo [...] l'obiettivo né del fallimento in sé, né in particolare, della procedura connotata dall'apertura dell'esercizio provvisorio".

²⁷⁷ F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1589.

dagli ambiti della procedura fallimentare e addossa sull'ufficio un compito che non è, qui, chiamato a svolgere²⁷⁸.

Facendo parte del fallimento, l'esercizio provvisorio dell'impresa non può che dividerne il fine ultimo²⁷⁹.

Non a caso, la legge fallimentare, “abbandonata definitivamente la illusoria e per alcuni versi demagogica prospettiva del «risanamento» dell'impresa del fallito, segue la via della liquidazione riallocativa²⁸⁰. Mediante questo meccanismo, che consente di evitare la disgregazione dell'azienda, il legislatore ha certamente voluto rispondere

²⁷⁸ “[segue] e nemmeno si tratta di ripristinare surrettiziamente l'abrogato istituto dell'amministrazione controllata, giacché si versa, per ipotesi, nell'ambito di un fallimento già dichiarato”: in questi termini, F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, op. cit., pp. 4-5, che conclude osservando che “il diritto positivo lascia estranea alla disciplina del fallimento l'ambizione al risanamento dell'impresa condotto per via giudiziale ed amministrativa, mentre affida la modalità con la quale dare attuazione a forme tipizzate di riorganizzazione aziendale esclusivamente alle norme sulla Amministrazione straordinaria, da una parte, ed alle soluzioni su base negoziale della crisi d'impresa, dall'altra”.

²⁷⁹ Benché con riferimento ad un diverso istituto (il concordato fallimentare, artt. 124-141 l. fall.), giungono alla medesima conclusione, utilizzando identico argomento sistematico, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., pp. 284-285. Pur essendo vero che il concordato fallimentare può consentire di conservare l'impresa (mediante la parziale ristrutturazione finanziaria derivante dalle dilazioni e dalle parziali remissioni dei debiti, o dalla sostituzione di crediti con azioni o quote di partecipazione nell'impresa stessa, sia che questa venga continuata dallo stesso debitore, sia che venga continuata da un terzo, resosi cessionario: cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, op. cit., p. 648), “la funzione giuridica rilevante del concordato fallimentare non è, però, né la salvaguardia dei complessi produttivi né il mantenimento dei livelli occupazionali: essendo un subprocedimento inserito nell'ambito del fallimento, non può non dividerne il fine ultimo rappresentato [...] dal massimo soddisfacimento delle ragioni dei creditori concorrenti. Il concordato, detto in altri termini, è – così come la liquidazione e la successiva ripartizione dell'attivo fallimentare – uno «strumento» attraverso cui raggiungere l'obiettivo perseguito dalla procedura concorsuale e come tale non presenta una finalità sua propria”.

²⁸⁰ “[segue] sul modello dell'amministrazione straordinaria ed in particolare dell'opzione che, in questi anni di applicazione della c.d. Prodi *bis*, ha riscosso maggior successo, ovvero la cessione a terzi dei complessi aziendali di rami, enucleati dal commissario straordinario, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa insolvente della durata di un anno che garantisca, per quanto possibile, la salvaguardia dei livelli occupazionali”: così, F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., pp. 1576-1577, che fin dall'inizio afferma che “L'impostazione del legislatore della novella, già nella legge delega [...] presenta una continuità logica ed ideologica rispetto alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, riformata nel 1999 proprio con l'idea di agganciarla successivamente alla riforma delle altre procedura concorsuali”. Nello stesso senso, F. FEZZA, *Il programma di liquidazione*, op. cit., p. 248, il quale, con riferimento al “favor del legislatore per la cessione quanto più possibile unitaria dei beni aziendali”, afferma che “La legge fallimentare eredita questa nuova prospettiva dagli artt. 54 e ss. del D. Lgs. 270/1999, in tema di amministrazione straordinaria”. L'Autore, però, prosegue: “Ma mentre in tale ultima procedura la conservazione e la riallocazione dei complessi produttivi costituisce, in ragione dell'elevata dimensione delle imprese che vi sono assoggettate, un obiettivo primario della procedura; nel fallimento, invece, questa finalità cede il passo all'esigenza di massima soddisfazione dell'interesse creditorio, e le vendite «aggregate» costituiscono solo una delle possibili alternative per il suo migliore perseguimento, sebbene non possa escludersi che un programma di liquidazione conservativo dell'azienda possa essere preferito per la sua idoneità a tutelare, oltre al ceto creditorio, anche ulteriori istanze connesse al mantenimento dei livelli occupazionali e dell'indotto”.

a un'esigenza particolarmente diffusa, mirante a "separare le sorti dell'impresa da quelle del suo titolare" e a "reinserire sul mercato l'azienda, con nuova vitalità e capacità produttiva, malgrado il dissesto avutosi con la precedente conduzione"²⁸¹ (non bisogna dimenticare, infatti, che a fallire è l'imprenditore e non l'impresa²⁸²); ma spingersi a parlare di risanamento è cosa assai fuorviante.

Ciò che nel fallimento si può fare è conservare il valore dell'avviamento (o concludere i lavori già iniziati e, quindi, conseguire il pagamento), fino a che si giunga alla cessione, mantenendo l'impresa in esercizio, giustappunto tramite l'istituto di cui all'art. 104 l. fall²⁸³. Sarà l'acquirente, una volta entrato in possesso dell'azienda nel suo complesso unitario, ad occuparsi di risanarla, non certo l'ufficio

²⁸¹ F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, op. cit., p. 386. *Ante riforma*, v. N. RONDINONE, *Le tendenze di riforma del sistema dei tipi procedurali*, op. cit., p. 1127 e ss., il quale annovera tra i principali motivi di critica al sistema vigente il diffondersi della tesi secondo cui, al termine di un processo evolutivo riconducibile a molteplici cause, "dal 1942 ad oggi la concezione dell'impresa si sarebbe «socializzata», con ciò assumendo nuovo rango sia l'obiettivo della prosecuzione e della salvaguardia dell'impresa stessa, sia la sua «oggettivazione» alla cui stregua essa può subire sorte indipendenti da quella dell'imprenditore". L'esigenza di separare la sorte dell'impresa da quella dell'imprenditore, unitamente a quella di salvaguardare (per quanto possibile) la prima, sono state colte dal legislatore della riforma, come riporta – a dieci anni di distanza – lo stesso Autore, in ID., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, op. cit., p. 293: "viene arrestata l'operatività di quel binomio impresa-imprenditore che non ha dato buona prova e ha suscitato allarme fra i creditori, ma nulla vieta che in sede di liquidazione vengano utilmente riallocati sul mercato i singoli cespiti dell'impresa ed anzi anche l'azienda in blocco (di cui potrà essere conservato l'avviamento grazie all'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa)".

²⁸² Cfr. L. DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. CAIAFA, 2009, p. 10: "La rubrica dell'art. 1 l. f. adopera ancora l'espressione «imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo», e così continua ad alimentare il dubbio se a fallire sia l'impresa o l'imprenditore, questione che da troppo tempo appassiona e divide gli studiosi della materia. Il testo normativo vero e proprio non lascia però adito ad incertezza alcuna: l'art. 1, 1° comma, dispone chiaramente che «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale». Secondo le leggi dell'ermeneutica ha valore normativo il testo dell'articolo e non anche la rubrica, che è meramente descrittiva: dunque falliscono gli imprenditori e non le (loro) imprese". Considerazioni analoghe sono quelle di G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 10: "Fallisce l'imprenditore, e non l'impresa. In questo senso decisive sono le norme degli artt. 2221 c.c., 1 e 5 l. fall., nelle quali è previsto il fallimento dell'imprenditore, non dell'impresa. Erroneamente l'impresa è stata da taluno ritenuta costituire una realtà ontologica, distinta rispetto all'imprenditore e all'azienda; precisato che l'impresa in effetti è solo un'astrazione con la quale si indica il processo, l'attività di produzione, che non può fallire, è stato esattamente sostenuto che chi fallisce è l'imprenditore, persona fisica o giuridica, e anche colui che abbia soltanto quella autonomia patrimoniale riconosciuta alle società di persone e agli enti di fatto. Esaminando i possibili casi di fallimento, si riscontra che sussiste sempre l'imprenditore, cioè il titolare dell'impresa, con la sola eccezione del caso di fallimento dell'imprenditore defunto consentito dall'art. 11".

²⁸³ In questo senso, P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, op. cit., p. 646, che prosegue: "La continuazione dell'esercizio può, dunque, essere il mezzo necessario per conservare il valore di organizzazione dell'impresa, quando sussista effettivamente; in tal caso, si può rendere possibile la cessione dell'azienda funzionante per un prezzo maggiore di quello ottenibile mediante la vendita dei singoli beni".

fallimentare²⁸⁴. Il risanamento dell'azienda resta dunque un che di esterno alla procedura fallimentare: l'esito di quest'ultima – è stato osservato – “può consistere, tutt'al più, nell'immettere sul mercato non tanto un'impresa già risanata, quanto un'impresa, o un suo ramo, risanabili”²⁸⁵.

Ecco allora la funzione, delineata in termini chiari, dell'esercizio provvisorio dell'impresa: tale istituto persegue una finalità conservativa, in funzione della vendita dell'azienda²⁸⁶. Pertanto, “l'impresa, intesa come attività economica dell'imprenditore fallito, può essere continuata dal curatore non per risanarla ma per mantenere in vita quella organizzazione di beni e persone che ne costituisce lo strumento”²⁸⁷, in vista di una successiva liquidazione, nelle modalità previste dall'art. 105 della legge fallimentare²⁸⁸.

Insomma, l'art. 104 l. fall. testimonia che la finalità liquidatoria della procedura fallimentare non è incompatibile con una prosecuzione temporanea dell'impresa, a condizione che comporti un'utilità per il fallimento: sia cioè idonea ad assicurare la

²⁸⁴ “Il mercato, se correttamente funzionante, è del tutto in grado di attribuire un valore positivo ad un'impresa che perde, quando sia in grado di intravedere che i costi per farla «tornare al valore» siano inferiori ai profitti che se ne potranno ricavare [...] Non c'è dunque nessun bisogno che le procedure concorsuali si propongano il «risanamento» delle imprese risanabili [...] Il mercato, e non certo i giudici o i curatori fallimentari, poco competenti di gestione dell'impresa e giustamente avversi al rischio, deve valutare cosa vi sia da fare per risanare”: così, L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A. JORIO, 2001, p. 308 e ss. La procedura, attraverso i suoi organi, ha come primo compito quello di prendere, nel più breve tempo possibile, una decisione informata sulla sorte dell'impresa: “E' evidente, infatti che la continuazione anche per un breve periodo di un'impresa che distrugge ricchezza arreca un danno ai creditori (che ne sopportano le perdite), ma un danno ancora maggiore arreca l'interruzione dell'attività di un'impresa che ha un valore positivo” (*ivi*, p. 307). Se l'impresa distrugge ricchezza e appare da subito non suscettibile di tornare a produrla (se non con investimenti che superano il suo valore atteso), occorrerà procedere immediatamente alla liquidazione; se, invece, l'impresa crea ricchezza oppure è suscettibile di tornare a crearla (mediante investimenti che non superano il suo valore atteso), occorrerà conservarla, in attesa di venderla per intero e ancora in funzione. In questo secondo caso, ecco l'ulteriore compito della procedura: “Qual è dunque la funzione di una procedura alle prese con un'impresa risanabile? Quella di creare informazione, di facilitare l'accesso di terzi interessati alla sua valutazione, di consentire la formazione di un prezzo d'acquisto che sia al riparo da sorprese e perciò sia più alto possibile. Solo gli organi della procedura creare informazione, al fine di stimolare interesse e concorrenza fra potenziali acquirenti; è qui, dunque che essi devono lavorare” (*ivi*, pp. 309-310). In conclusione, “il compito degli organi della procedura e quello di creare informazione e di sollecitare il rapido intervento di potenziali acquirenti” (*ivi*, pp. 315-316): saranno questi ultimi a decidere come e quando risanare.

²⁸⁵ F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, op. cit., p. 5.

²⁸⁶ Così, B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1166, il quale, in nota 6, ricorda che “La cessione dell'azienda, quale misura alternativa alla vendita atomistica, è, infatti, considerata pur sempre attività liquidatoria”.

²⁸⁷ F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1589.

²⁸⁸ Cfr. F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1590: “L'esercizio provvisorio, alla luce di quanto detto, è strumentale alla liquidazione riallocativa dei valori aziendali ai fini della prospettiva liquidatoria della stessa, quale alternativa «preferibile» alla vendita dei singoli beni, come disposto dall'art. 105 l. fall.”.

conservazione dei valori patrimoniali esistenti e, quindi, strumentale a un maggior realizzo tramite l'alienazione dell'intero complesso aziendale, o di suoi rami²⁸⁹.

7.3. Gli interessi protetti.

A questo punto, sgombrato il campo da ricostruzioni erranee, è inevitabile interrogarsi su quali siano gli interessi protetti dalle norme sull'esercizio provvisorio²⁹⁰.

Come si è già avuto modo di constatare, attorno all'impresa ruotano moltissimi interessi²⁹¹. Quando essa entra in crisi, vi sono casi in cui tutti gli interessi possono essere contemporaneamente soddisfatti, e non sono necessarie scelte da parte dell'ordinamento; ma vi sono anche casi in cui la soddisfazione di uno o più interessi implica il sacrificio di uno o più altri²⁹². In questa seconda ipotesi, però, non si naviga a vista, anzi: il legislatore si fa carico di redigere una scala di valori, con cui indica all'interprete la "stella polare"²⁹³ da seguire nella rotta; egli non fa dunque mancare il proprio supporto, tanto nella disciplina delle procedure concorsuali complessivamente intese (fallimento incluso)²⁹⁴, quanto in quella dei singoli istituti che le compongono.

²⁸⁹ Per queste considerazioni, v. AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 340, dove si prosegue osservando che "In questo contesto, la prosecuzione dell'attività può favorire la realizzazione della finalità della procedura rendendo più efficiente il procedimento di liquidazione, per attuare nei tempi più rapidi possibili, il massimo ricavo al fine di soddisfare al meglio l'interesse dei creditori". Non a caso, è stato osservato che l'esercizio provvisorio, determinando la prosecuzione dell'attività già svolta dal fallito da parte dell'amministrazione fallimentare, "rappresenta un esempio emblematico per dimostrare che l'amministrazione liquidativa fallimentare non presuppone soltanto l'adozione di atti conservativi o liquidativi, ma è compatibile con qualsiasi atto finalizzato, anche indirettamente, alla liquidazione": così, *Dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo*, in *Formulario delle procedure concorsuali*, a cura di L. GUGLIELMUCCI, 2012, p. 240.

²⁹⁰ Cfr. A. BASSI, *L'esercizio provvisorio*, op. cit., p. 310.

²⁹¹ L'impresa costituisce infatti il punto di riferimento e di saldatura in cui confluiscono gli interessi di tutti coloro che si muovono nel suo ambito: l'imprenditore, i lavoratori, i terzi in generale ed i creditori in particolare. Tuttavia, come osserva L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 301, "non vi è necessariamente contrapposizione fra i vari interessi ora citati, né fra questi e quello dei creditori, come pure, all'opposto, non vi è necessariamente coincidenza".

²⁹² Cfr. L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 301, con tanto di esempi alle pagine seguenti.

²⁹³ Espressione coniata da L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 303 e ss. È importante sottolineare che in caso di interessi contrastanti, "la scelta di quali siano da tutelare e quali siano invece da sacrificare ha carattere politico, e dunque deve essere operata dalla legge e non dalla magistratura o dagli organi delle procedure concorsuali": *ivi*, p. 314.

²⁹⁴ È un discorso che si è già fatto. Bastano, pertanto, le brevi osservazioni compiute da L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 303 e ss.: "Le procedure concorsuali si prestano [...] a tutelare, accanto agli interessi dei creditori, anche interessi diversi ed ulteriori. Tali interessi possono coincidere o configgere, e talvolta accade che, nel conflitto, siano i

Per quanto riguarda l'esercizio provvisorio dell'impresa, si può partire dalla *Relazione* accompagnatoria del d.lgs. n. 5/2006: l'istituto è descritto come “il frutto di un rinnovato modo di interpretare la stessa funzione dell'esecuzione forzata collettiva” che “risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne nocumento”²⁹⁵. Le osservazioni al riguardo sono due.

Da un lato, trova formale riconoscimento la c.d. “istanza conservativa-riallocativa”²⁹⁶, che permette di tutelare tanti interessi differenti: l'interesse dell'imprenditore fallito, l'interesse dei dipendenti al mantenimento del posto di lavoro, l'interesse generale degli utenti quando l'impresa svolge un servizio pubblico, l'interesse generale al mantenimento in vita di imprese o rami di esse che, liberate dall'oppressione dell'imprenditore disonesto o incapace, dimostrino di avere una loro vitalità²⁹⁷, e anche l'interesse degli stessi creditori²⁹⁸.

Dall'altro, pur essendo venuta meno la “particolare sfiducia”²⁹⁹ con cui in passato la legge guardava all'istituto in questione, il testo della *Relazione* è comunque

creditori a soccombere. È tuttavia importante stabilire chiaramente quale sia l'eccezione e quale sia la regola. Nessun ordinamento giuridico può prescindere dalla tutela del credito. Si tratta di affermazione così ovvia che non credo debba essere dimostrata in questa sede. La regola dettata dall'ordinamento, e dall'economia, è dunque questa, e le procedure concorsuali non fanno eccezione. Occasionalmente [...] l'ordinamento «appanna» questo scopo per perseguirne altri, ma di eccezioni si tratta e come tali le norme che le pongono devono essere trattate”; “In conclusione, la tutela dei creditori è, salvo limitate e necessariamente circoscritte deroghe, la finalità principale delle procedure concorsuali”.

La necessità di accordare al credito una tutela quanto più efficace possibile era cosa ben nota anche al legislatore del 1942, come riporta R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato in Italia*, op. cit., p. 154.

²⁹⁵ *Relazione*, sub art. 104 l. fall.

²⁹⁶ L'espressione è di F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, op. cit., p. 19 e ss., che, prima di analizzarne le sfaccettature, afferma che l'istanza in questione “appare, nella moderna percezione delle dinamiche connesse alla patologia dell'impresa, come talmente meritevole di tutela che si può sostenere che la prosecuzione provvisoria dell'attività vada presa in considerazione in ogni liquidazione, anche volontaria o, comunque, non fallimentare, sul presupposto che quando si tratti di azienda, ossia di beni produttivi, il mantenimento in attività della stessa possa rientrare negli ordinari compiti di custodia e amministrazione dei liquidatori”.

²⁹⁷ Così, A. BASSI, *L'esercizio provvisorio*, op. cit., p. 310.

²⁹⁸ Lo evidenzia B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, op. cit., p. 1046: “la conservazione del valore produttivo dell'impresa può assecondare l'interesse immediato di alcuni soltanto dei creditori, o addirittura di soggetti estranei a tale schiera; ma essa, in definitiva, può contribuire anche alla miglior soddisfazione di tutti, nella misura in cui consenta un miglior realizzo dei beni aziendali”.

²⁹⁹ Questa volta l'espressione è di S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 219-220. F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 389, parla di un legislatore del 1942 che, “mostrando una palese diffidenza nei confronti dell'istituto, lo aveva circondato di notevoli cautele e subordinato al ricorrere di rigidi presupposti”.

piuttosto esplicito nell'accordare alla salvaguardia dell'interesse del ceto creditorio un ruolo decisamente preminente rispetto alle esigenze pubblicistiche di conservazione dell'impresa³⁰⁰: per queste ultime, il primo costituisce un limite che non può in alcun caso essere oltrepassato, pena lo snaturamento della procedura fallimentare³⁰¹. Di conseguenza, pur nell'apertura di cui sopra (*i.e.* la presa in considerazione di una pluralità di interessi, non solo di quello dei creditori), rimane fermo "il primato dell'interesse dei creditori sugli interessi diversi (compresi quelli socialmente rilevanti) implicati dalla continuazione dell'impresa"³⁰².

Differente sembra essere la situazione attuale, in cui le novità apportate dalla riforma sono viste da molti come un vero punto di svolta. V., ad es., F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, op. cit., pp. 19-20, secondo cui "la prosecuzione dell'attività di impresa nel fallimento si avvia a rappresentare sempre meno una soluzione affatto eccezionale e marginale nell'esperienza delle procedure concorsuali, una volta superato il preconetto che l'apertura di una parentesi in ottica produttiva nel lambito della liquidazione, al pari della destinazione di beni aziendali al godimento temporaneo di terzi mediante l'affitto endofallimentare, risulti di ostacolo alla più rapida soddisfazione dei creditori". Analogamente (seppur in un momento in cui la riforma è ancora *in fieri*), B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, op. cit., p. 1043, parla di un esercizio provvisorio che "da congegno eccezionale e derogatorio rispetto al modello (tipico) di procedura liquidatoria atomistica, dovrebbe assumere i caratteri di ordinaria misura, funzionale ad attuare le predette finalità [conservative, *ndr*], nell'ambito di un rinnovato concetto di concorso dei creditori".

Di tutt'altro avviso, o almeno così pare, N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, op. cit., p. 329: "Con riguardo agli istituti fin qui elencati [esercizio provvisorio, affitto d'azienda e vendita in blocco dell'azienda, *ndr*], mi pare peraltro che la riforma non debba essere affatto sopravvalutata, sia con riguardo alle presunte innovazioni di cui sarebbe stata latrice, sia con riguardo alla congruità delle soluzioni prescelte".

³⁰⁰ Cfr. *Dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo*, in *Formulario delle procedure concorsuali*, a cura di L. GUGLIELMUCCI, 2012, p. 240.

³⁰¹ Cfr. B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, op. cit., p. 1046.

³⁰² Così, N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, op. cit., pp. 331-332, che però sembra attribuire rilevanza esclusiva all'interesse dei creditori, in fondo negando (questa è l'impressione che ha il lettore) che con l'art. 104 l. fall. si possano tutelare interessi diversi da quello dei creditori. Più sfumato il pensiero di F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1582, il quale osserva che "l'interesse dei creditori rimane la finalità prioritaria se non addirittura l'unica".

Insomma, gli interessi tutelabili attraverso l'esercizio provvisorio sono molteplici³⁰³, ma, in caso di conflitto, la precedenza è accordata dalla legge all'interesse dei creditori³⁰⁴.

Alla luce di quanto detto sinora, questa è la conclusione: il legislatore della riforma ha introdotto, nella procedura fallimentare, una liquidazione programmata mediante una gestione intermedia dell'impresa, propedeutica ad una alienazione dei valori aziendali nell'interesse precipuo dei creditori e quindi più proficua in termini di massimizzazione dell'attivo³⁰⁵. Com'è stato giustamente osservato, “solo valorizzando tale prospettiva l'istituto, non a caso disciplinato unitamente alla liquidazione dell'attivo nel capo VI, è coerente con le finalità della procedura, indifferente a qualsiasi esigenza recuperatoria dell'equilibrio economico dell'impresa, ma attenta a mantenere integro il complesso produttivo in una logica riallocativa”³⁰⁶.

³⁰³ “Non è ad esso estranea anche l'attuazione di esigenze e interessi per così dire sociali. Ma questi ultimi [...] sono assecondati in via indiretta e occasionale, come dimostra la circostanza che, nel corso della procedura, è comunque demandato al comitato dei creditori – che di certo è incaricato di attuare principalmente gli interessi del ceto che rappresenta – di assumere scelte condizionanti e insindacabili, a riguardo dell'avvio o della revoca dell'esercizio”: così, B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1166. In termini molto simili, AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 79: “In funzione dell'obiettivo primario di realizzare il maggior valore possibile dal patrimonio dell'imprenditore, così da garantire la migliore soddisfazione dei suoi creditori, la legge impone di considerare la possibilità di una continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, che il tribunale può disporre nella stessa sentenza dichiarativa di fallimento – e il giudice delegato può successivamente autorizzare, su proposta del curatore, chiamato a gestire l'azienda, previo parere favorevole del comitato dei creditori – quando la cessazione dell'attività comporti una dispersione di valori tali da implicare gravi danni, innanzitutto agli stessi creditori. L'interesse di questi ultimi rimane comunque prioritario rispetto all'interesse di altri soggetti alla continuazione dell'attività: com'è reso esplicito dalla circostanza che il comitato dei creditori può impedire con il suo parere negativo vincolante la continuazione della gestione e può altresì ottenerne la cessazione ogni qualvolta non risulti più funzionale all'interesse dei creditori”.

³⁰⁴ Riguardo al rapporto tra interesse dei creditori e interessi diversi da quello dei creditori, A. BASSI, *L'esercizio provvisorio*, op. cit., p. 311 e ss., osserva che “Fino a quando tutti questi convergono, come accade nella normalità dei casi, la prosecuzione dell'attività finalizzata alla liquidazione globale dell'azienda, non presenta aspetti problematici”: in questi casi, “le diverse finalità finiscono per sovrapporsi e per confondersi”. Prosegue: “Se però questi interessi entrano in conflitto e la liquidazione unitaria della azienda produce una riduzione delle aspettative dei creditori, l'esercizio provvisorio non può essere autorizzato, anche se la liquidazione unitaria giova ad una categoria di interessati diversi dai creditori [...] L'interesse dei creditori, che assume una posizione dominante nella graduatoria di interessi coinvolti dalla prosecuzione della attività, esige che il tribunale, o il giudice delegato, debbono formulare ragionevoli previsioni sui risultati della attività, ma soprattutto sul valore finale che il mercato assegnerà all'impresa in funzione”.

³⁰⁵ In questi termini, F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1576. Nello stesso senso, AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., pp. 340-341: “L'esercizio dell'impresa, pertanto, rappresenta una modalità programmata di liquidazione del patrimonio sottoposto a concorso strumentale alla vendita dell'azienda, che va provvisoriamente mantenuta in funzionamento per il periodo strettamente necessario a concludere la cessione a terzi ricavando un prezzo più elevato rispetto all'alienazione parcellizzata”.

³⁰⁶ AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., p. 341.

7.4. Le due ipotesi contemplate dall'articolo 104 della legge fallimentare.

L'esercizio provvisorio dell'impresa può essere disposto in due momenti differenti e secondo due meccanismi procedurali differenti: innanzitutto, ai sensi dell'art. 104, co. 1 l. fall., “Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori”³⁰⁷; in secondo luogo, ai sensi dell'art. 104, co. 2 l. fall., “Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata”³⁰⁸.

La diversità tra i due commi – soprattutto il mancato riferimento, nel secondo, al “danno grave” e al “pregiudizio ai creditori” – ha tormentato la dottrina. Le conclusioni raggiunte sono le più disparate: vi è chi parla di due funzioni differenti³⁰⁹; chi di una sola funzione, ma di presupposti differenti³¹⁰; chi di assoluta omogeneità, anche in punto di presupposti³¹¹.

³⁰⁷ “Il primo momento in cui può essere predisposto l'esercizio provvisorio dell'impresa coincide, dunque, con l'apertura stessa della procedura. Si tratta senza dubbio dell'ipotesi eccezionale di esercizio provvisorio, giacché, da un lato, il tribunale (almeno di regola) non ha né gli elementi né le conoscenze tecniche idonee ad apprezzare se effettivamente sia conveniente per la massa la continuazione dell'attività economica prima esercitata dal fallito e, dall'alto, alla decisione non contribuiscono né il comitato dei creditori, ossia l'organo rappresentativo dei soggetti più esposti al rischio di insuccesso dell'operazione, né il curatore, ossia colui che è incaricato di gestire l'impresa”: così, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 233.

³⁰⁸ Questa è, invece, “l'ipotesi «normale» di esercizio provvisorio (*rectius*: continuazione temporanea) dell'attività d'impresa in corso di procedura”: cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 234.

³⁰⁹ Per una corrente minoritaria, nella fattispecie dell'esercizio provvisorio disposto già con la sentenza di fallimento, la riforma avrebbe marcatamente aperto l'istituto alla considerazione dell'interesse pubblico alla continuazione dell'impresa per la salvaguardia dei livelli occupazionali (o a favore dei destinatari di servizi di pubblica necessità): in questo senso, v. A. DIMUNDO, *Commento all'art. 104*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. LO CASCIO, 2008, p. 929 e ss.

³¹⁰ F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 391: “Si tratta infatti [...] di due momenti profondamente diversi tra loro, non solo per la struttura, ma anche per i presupposti e le condizioni oggettive che giustificano nei due casi l'applicazione dell'istituto in esame (grave danno nel primo caso, opportunità nel secondo)”.

³¹¹ B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1167 e ss., il quale, oltre a concludere nettamente per “l'omogeneità funzionale dell'istituto”, ritiene che non v'è motivo per ritenere che i presupposti che legittimano le due ipotesi siano differenti gli uni dagli altri. Secondo l'Autore, le uniche differenze tra co. 1 e co. 2 riguardano: il momento in cui l'esercizio può essere

In ogni caso, alla luce di quanto detto con riferimento alla funzione dell'esercizio provvisorio e agli interessi da questo tutelati, è possibile svolgere alcune (brevi) osservazioni.

7.4.1. Il comma 1.

Con riguardo all'ipotesi prevista dal co. 1, è stato osservato che il "grave danno giustificatore dell'applicazione della misura in questione non si riferisce più, come avveniva in passato, soltanto ai creditori dell'imprenditore fallito, ma può riguardare anche la lesione di interessi di natura diversa"³¹².

Una simile conclusione è possibile in ragione della formulazione della norma stessa. Non essendo specificato rispetto a cosa o a chi il danno grave potrebbe prodursi, se la norma finisse lì, si dovrebbe dire – in considerazione del fine della procedura – rispetto ai creditori; ma così non può essere, atteso che la stessa continua stabilendo «purché non arrechi pregiudizio ai creditori». Allora il danno grave potrà essere valutato con riferimento all'organismo produttivo (esistenza di macchinari che non tollerino interruzioni nell'attività); oppure alla collettività (se, ad esempio, l'impresa svolge un servizio essenziale per una determinata comunità); oppure, ancora, allo stesso debitore (qualora, ad esempio, vi siano le condizioni per un pagamento integrale dei creditori senza la necessità di interrompere l'attività d'impresa)³¹³.

autorizzato; i soggetti ai quali è attribuito il potere di autorizzazione; il grado di intensità del pericolo di danno per l'impresa.

³¹² F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 393.

³¹³ Queste le osservazioni di A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., pp. 233-234. Qui, in realtà, si entra nel campo delle sfumature. Concorde in tutto e per tutto con la lettura data sopra, ad es., L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, op. cit., pp. 561-562, che considera la continuazione dell'impresa disposta dal Tribunale come strumento di tutela di esigenze generali di natura socio economica e di bisogni legati alla particolare natura del servizio prodotto od offerto dal fallito. Nello stesso senso, F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1600, secondo cui il danno grave "può essere riferito anche ad elementi estranei all'interesse creditorio ma collegati ad esigenze generali di natura socio-economica date dalla particolarità del servizio prodotto o offerto"; nonché G. BOZZA, *Liquidazione dell'attivo in funzione del recupero dei valori aziendali*, op. cit., p. 858. In termini parzialmente contrari, B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1168, secondo cui deve ritenersi che "il danno da evitare attraverso l'autorizzazione all'esercizio disposta direttamente dal tribunale, sia riferibile (e debba riferirsi) all'impresa, e non ad altro" e, più nello specifico, "esso deve essere collegato al pericolo di dissoluzione del valore aziendale che l'interruzione dell'attività [...] può determinare"; tuttavia, per ammissione dello stesso A., "indirettamente possono con ciò realizzarsi anche aspettative di terzi". Vengono fatti degli esempi: "l'arresto dell'erogazione di servizi nuoce agli utenti, ma si traduce in perdita di clientela; il licenziamento di maestranza qualificate, crea ricadute di tipo sociale, ma svilisce anche un valore aziendale". Come detto nelle righe precedenti, si tratta di sfumature, e questa seconda

In ogni caso, all'interno della gamma d'interessi che ruotano attorno all'impresa, al primo posto sappiamo essere collocato l'interesse dei creditori che, nell'ipotesi prevista dal co. 1, riveste un ruolo dirimente: "qualunque sia la ragione che porta all'esercizio provvisorio, la valutazione non può prescindere dall'interesse dei creditori", e "se è prevedibile che la continuazione dell'attività economica possa generare perdite o abbattere il valore dell'azienda (che andrà successivamente alienata), la stessa non potrà essere disposta"³¹⁴.

Il danno grave è dunque presupposto necessario, ma non sufficiente, in quanto va temperato con l'interesse dei creditori, i quali non devono essere pregiudicati³¹⁵. Da questo punto di vista, la formulazione attuale della norma, pur riecheggiando il primo comma del previgente art. 90 l. fall., "sembra essere più esaustiva dal momento che chiarisce una volta per tutte che la continuazione dell'attività non potrà mai risolversi a svantaggio del ceto creditorio"³¹⁶.

Poiché il legislatore non richiede che la continuazione procuri un vantaggio, ma semplicemente che sia indifferente per i creditori³¹⁷, può concordarsi con chi ritiene che il concetto di pregiudizio di cui al co. 1 dell'art. 104 l. fall. debba essere in interpretato come "limite negativo"³¹⁸ o "limite esterno all'esercizio"³¹⁹, nel senso che

lettura non può essere condivisa se con essa s'intende dare vita a una (indebita) restrizione della portata del co. 1 dell'art. 104 l. fall.

³¹⁴ Così, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 234. Nello stesso senso, B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, op. cit., p. XXXV, il quale, confrontando il primo comma del vecchio art. 90 con il primo comma del nuovo art. 104, osserva: "Se, da un lato, tale formulazione riecheggia il primo comma dell'articolo 90 L.F., dall'altro, essa sembra più esaustiva dal momento che chiarisce una volta per tutte che la continuazione dell'attività non potrà mai risolversi a svantaggio del ceto creditorio".

³¹⁵ Cfr. F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1600. Nonché *Dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo*, in *Formulario delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 240: "il danno grave costituisce espressione dei valori sociali insiti nell'impresa, potenzialmente diversi rispetto all'interesse del ceto creditorio, pur sempre prevalente".

³¹⁶ B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, op. cit., p. XXXV.

³¹⁷ Lo fa notare, tra gli altri, G. BOZZA, *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit. p. 858: "la continuazione non necessariamente deve tradursi per essi [i creditori, ndr] in un vantaggio, ma è sufficiente che non li pregiudichi e, quindi, che sia per essi indifferente [...] Deve cioè trattarsi di un'attività che, seppur non vantaggiosa per la massa dei creditori in termini di incassi e utili, non pregiudichi il loro interesse alla miglior soddisfazione".

³¹⁸ N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, op. cit., p. 332; nonché F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 394 (anche se quest'ultimo sembra estendere il novero degli interessi tutelati al di là di quelli strettamente connessi alla singola impresa, poiché afferma che il "danno grave" può riguardare, più in generale, l'interesse alla tutela dell'economia nazionale).

³¹⁹ B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1168.

quest'ultimo, disposto dal tribunale per le più svariate ragioni, giammai può risolversi in uno svantaggio per i creditori³²⁰.

Entro il suddetto limite³²¹, trovano tutela anche altri interessi, diversi da quello dei creditori, secondo la linea indicata dal passo della *Relazione* citato in precedenza³²².

7.4.2. Il comma 2.

Anche la “seconda fase” dell’esercizio provvisorio ha subito molti cambiamenti rispetto alla normativa previgente.

Ciononostante, va premesso che la riforma, pur facendo proprie le nuove esigenze di tutela dell’interesse pubblicistico alla conservazione dell’impresa e non rispondendo più al solo interesse privatistico ad ottenere un miglior risultato nella liquidazione concorsuale, non si è spinta fino al punto di ritenere il primo interesse prevalente sul secondo e, conseguentemente, di svincolare l’applicazione dell’esercizio provvisorio dall’approvazione da parte dei creditori³²³.

È stata perciò mantenuta la previsione della necessità del parere favorevole del comitato dei creditori³²⁴: questi, “qualora ritengano che dalla continuazione temporanea dell’impresa possa loro derivare pregiudizio, continuano ad avere il potere

³²⁰ Oppure, detto in altri termini, l’esercizio “non può aggravare il passivo e dunque non può – a meno di concreti vantaggi compensativi – essere condotto in perdita”: così, B. MEOLI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 1168.

³²¹ E fermo restando quanto detto *supra* circa l’estraneità, rispetto all’esercizio provvisorio, di qualsiasi finalità di risanamento dell’impresa.

³²² Pertanto, a parere di scrive, non sono condivisibili le parole di AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., pp. 342-343, quando, in riferimento al co. 1 dell’art. 104 l. fall., affermano che la valutazione del tribunale non può assolutamente “essere influenzata da esigenze di tutela di interessi diversi da quello dei creditori”, sicché “l’istituto non solo non è pensato per tutelare altri interessi pur meritevoli di protezione, naturalmente a condizione che non siano pregiudicate le ragioni dei creditori, ma è posto esclusivamente a tutela dell’interesse tipico dei creditori a una più proficua liquidazione”. Una simile conclusione starebbe a significare che il legislatore della riforma ha sì cambiato, ma lo ha fatto per lasciare tutto com’era prima. L’interesse dei creditori è sicuramente quello maggiormente tutelato, ma non è l’unico ad essere preso in considerazione: se così non fosse, non si spiegherebbe la specificazione “purché non arrechi pregiudizio ai creditori”, che risulterebbe completamente superflua.

³²³ In questi termini, F. LICONTI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 395.

³²⁴ “Evidenti sono le analogie con la disposizione del secondo comma dell’articolo 90 della previgente Legge Fallimentare: infatti, anche la riforma ha assegnato al comitato dei creditori il fondamentale ruolo di esprimere il proprio parere in ordine alla possibilità e utilità della continuazione dell’esercizio dell’impresa”: così, B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, op. cit., p. XXXV.

d'impedirla"³²⁵. La previsione è perfettamente in linea con quanto evidenziato circa la posizione ricoperta dall'interesse dei creditori: il parere obbligatorio e vincolante dell'organo rappresentativo del ceto creditorio conferma la costante volontà di salvaguardare il primario interesse di tale categoria rispetto ad ogni altra finalità che possa giustificare la continuazione dell'attività³²⁶.

Il legislatore, tuttavia, non indica – a differenza di quanto previsto nel co. 1 – i presupposti sulla scorta dei quali può essere adottato il provvedimento che dispone l'esercizio provvisorio.

Stando così le cose, si ritiene che gli organi della procedura coinvolti in questa fase (curatore, giudice delegato, comitato dei creditori) siano chiamati a compiere una valutazione diversa rispetto a quella che, nel momento in cui dispone l'esercizio provvisorio ai sensi del co. 1, effettua il tribunale. Dopo la dichiarazione di fallimento³²⁷, infatti, non sussiste più la necessità di verificare l'esistenza di un "danno grave" quale presupposto limitante il decreto, poiché le esigenze cautelari sono ormai scemate, e l'unica valutazione che deve compiersi attiene alla soddisfazione dei creditori. Occorre cioè domandarsi se l'esercizio sia strumento conveniente od opportuno in quanto propedeutico a rendere realizzabile la prospettiva delineata dall'art. 105, co. 1³²⁸.

In effetti, scomparso ogni riferimento al "danno grave", la scena sembra essere monopolizzata dall'interesse dei creditori³²⁹: siccome "l'intera disciplina dell'esercizio dell'impresa in corso di procedura tende al soddisfacimento dell'interesse di questi ultimi", la continuazione potrà essere disposta "soltanto qualora si risolva in un vantaggio per gli stessi, in termini sia di utili conseguibili sia di presumibile aumento del valore di liquidazione dell'azienda o di rami della stessa"³³⁰.

³²⁵ F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 395.

³²⁶ In questi termini, *Dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo*, in *Formulario delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 240.

³²⁷ E quindi nel corso della procedura: in questo senso va interpretato l'avverbio "successivamente" con cui prende avvio il co. 2 dell'art. 104 (cfr. B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, op. cit., p. XXXV, nonché F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1603).

³²⁸ Così, F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., pp. 1603-1604.

³²⁹ Significative al riguardo le parole di F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1604, il quale conclude osservando che "in questo caso [...] l'unica cosa che si dovrà verificare è che l'esercizio provvisorio si presenti come strumento che non pregiudichi le aspettative di soddisfazione dei creditori rispetto alle ipotesi alternative".

³³⁰ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 234.

Ferma restando la finalità dell'istituto³³¹, cambiano le incombenze degli organi della procedura: questi, svincolati dal presupposto del “danno grave”, devono verificare l'opportunità e la convenienza, per i creditori, della continuazione³³².

In conclusione, il legislatore sembra stabilire quale condizione per l'autorizzazione dell'esercizio provvisorio il fatto che questo produca un vantaggio per i creditori: così ragionando, l'interesse del ceto creditorio non costituirebbe più – come invece avviene nell'ipotesi prevista dal co. 1 – un semplice limite negativo.

Vista l'assenza di questioni controverse, può spendersi qualche parola sul meccanismo previsto dal co. 2, che vede come attore principale il curatore fallimentare, “vero e proprio architetto dell'impianto liquidatorio”³³³.

Poiché la disposizione di cui si sta discorrendo attribuisce esclusivamente al curatore il potere di iniziativa in ordine all'autorizzazione dell'esercizio, “una delle prime, più urgenti, delicate e complesse verifiche che questi deve compiere subito dopo l'accettazione della carica riguarda la possibilità e comunque la convenienza o l'opportunità della continuazione provvisoria dell'esercizio dell'impresa”³³⁴. L'urgenza può essere in vario modo determinata dalla sussistenza di: *i*) rapporti di lavoro in corso, di natura subordinata e non, la cui precaria condizione richiede provvedimenti ponderati da parte della curatela; *ii*) contratti di forniture in corso, il cui inadempimento o non puntuale adempimento da parte del fallimento può legittimare gli ordinanti acquirenti a chiedere la risoluzione o far valere le penali pattuite, ritardando o evitando i pagamenti dovuti, con comprensibile danno per il ceto creditorio del fallito; *iii*) rapporti giuridici pendenti che, non sciogliendosi *ex lege* per effetto della dichiarazione di fallimento, possono comportare un rilevante onere per la

³³¹ Che, come ricorda B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1169, “anche in tale fase” persegue la finalità di “conservare l'azienda, scongiurando perdite di valore, senza pregiudizio per i creditori”.

³³² In questi termini, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 234. Nello stesso senso, G. BOZZA, *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit., p. 859: “il fatto che il secondo comma dell'art. 104, a differenza di quanto prevede il primo comma, non richieda la ricorrenza di alcuno specifico presupposto, fa capire che non sussiste la necessità di verificare l'esistenza di un danno grave, quale presupposto limitante il decreto.; ciò perché le esigenze cautelari sono scemate e l'unica valutazione che deve compiersi attiene all'economicità, ossia se l'esercizio sia strumento conveniente ed opportuno alla più proficua vendita, a norma dell'art. 105, nell'interesse dei creditori. L'opportunità di iniziare o di proseguire l'attività di impresa è nozione, infatti, che ricomprende, non tanto l'esigenza di evitare un danno, quanto la convenienza per i creditori”.

³³³ B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, op. cit., p. 1171.

³³⁴ B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, op. cit., p. XXXV.

massa fallimentare, dovendo essere soddisfatti in prededuzione; iv) prodotti semilavorati che, estrapolati da un determinato contesto produttivo, potrebbero non avere valore alcuno³³⁵.

Pertanto, “il curatore – antepoendo tale incombenza a ogni altra – deve verificare la ricorrenza dei presupposti per la continuazione temporanea dell’esercizio dell’impresa”³³⁶, tenendo ben presente che, rispetto all’ipotesi contemplata dal co. 1, diverse sono le condizioni oggettive in presenza delle quali viene disposto l’esercizio provvisorio; infatti, lo ripetiamo, tale misura viene prevista, a questo punto della procedura fallimentare, non più per evitare un danno grave ma perché, in base ad un giudizio di opportunità (riferito a parametri valutativi più ampi che non quello relativo alla sola grave “dannosità”), si ritiene che la continuazione temporanea dell’attività del fallito possa essere conveniente per i creditori³³⁷.

Nel momento in cui il curatore, dopo aver ponderato attentamente tutti i fattori in gioco, decide per la continuazione dell’attività, la palla passa nelle mani del comitato dei creditori; infatti, se il curatore gioca un ruolo fondamentale per quanto riguarda la fase d’avvio, l’organo rappresentativo del ceto creditorio ha il potere di impedire che la proposta del primo giunga al giudice delegato, incaricato di autorizzare la continuazione temporanea dell’esercizio dell’impresa³³⁸. I creditori, per il tramite del comitato, dispongono dunque di un diritto di veto, peraltro non limitato alla fase di

³³⁵ Per tutti questi esempi, v. B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, op. cit., pp. XXXV-XXXVI.

³³⁶ Così, sempre B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, op. cit., p. XXXVI.

³³⁷ In questi termini, F. LICONTI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 395, il quale, tuttavia, qualche riga prima afferma che “ciò che diverge rispetto all’ipotesi di cui al primo comma non sono [...] gli interessi tutelati”. Una simile affermazione è valida, ad avviso di chi scrive, solo se riferita all’interesse del ceto creditorio, nel senso che questo è tutelato (com’è logico che sia) in entrambi i casi di esercizio provvisorio previsti dall’art. 104. La stessa affermazione non è però condivisibile se riferita anche ad altri interessi (quelli del debitore, della collettività, del mercato, etc.): è innegabile, infatti, che la mancata riproduzione del meccanismo di cui al co. 1 (“danno grave” + “pregiudizio ai creditori”) e, anzi, il più totale silenzio in punto di interessi tutelabili, diversi da quello dei creditori, esclude una coincidenza – da questo punto di vista – tra co. 1 e co. 2.

Per quanto riguarda la valutazione, compiuta dal curatore, circa la convenienza della continuazione per i creditori, detta convenienza è valutabile in termini di maggior realizzo dell’attivo derivante sia dai presumibili introiti conseguenti alla prosecuzione dell’attività, sia dal maggior presumibile valore ricavabile dalla cessione di una azienda non disgregata: per queste considerazioni, v. G. BOZZA, *Liquidazione dell’attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit., p. 859.

³³⁸ Osserva B. MEOLI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 1171, che, a fronte del potere del curatore, “un potere altrettanto decisivo – ma in negativo – è riconosciuto al comitato dei creditori: senza il parere favorevole di quest’organo, infatti, il giudice delegato non può accogliere l’istanza del curatore di avviare l’esercizio provvisorio”.

“avvio” del procedimento che porta alla continuazione dell’impresa ma utilizzabile sempre, anche nel caso in cui il giudice delegato si sia già espresso in senso favorevole alla stessa³³⁹.

Alla luce di queste brevi considerazioni, dovrebbe concludersi che, diversamente dall’ipotesi prevista dal co. 1, nell’esercizio provvisorio disposto ai sensi del co. 2 l’interesse dei creditori non costituisce un limite negativo ma al contrario, ciò che in positivo l’istituto in questione tende a realizzare³⁴⁰.

³³⁹ Cfr. F. LICONTI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 395. Per quanto riguarda il diniego a esercizio provvisorio in corso, la norma di riferimento è contenuta nel co. 4 dell’art. 104 l. fall., ai sensi del quale “Se il comitato dei creditori non ravvisa l’opportunità di continuare l’esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione”.

³⁴⁰ Risultano enigmatiche, sul punto, le affermazioni di F. LICONTI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, op. cit., p. 395, che non vede differenze tra co. 1 e co. 2 per quanto attiene al ruolo giocato dall’interesse dei creditori, che in entrambi i casi costituisce mero limite negativo: “anche nella seconda fase, dunque, l’interesse dei creditori – espresso in questo caso dal parere dell’organo rappresentativo degli stessi – diviene un limite negativo nella scelta di disporre l’esercizio provvisorio dell’impresa, pur non costituendo più l’unico interesse alla cui soddisfazione tale strumento è preordinato”. Oltre alla mancanza di appigli nella *littera legis*, una lettura che individua nell’esercizio provvisorio *ex art. 104, co. 2* lo strumento per la tutela di interessi diversi da quello dei creditori non avrebbe alcun senso logico. Si pensi a quanto detto finora circa il ruolo del curatore fallimentare: pur essendo vero che costui non rappresenta o sostituisce né il fallito né i creditori, ma è un soggetto imparziale, che opera nell’interesse generale, come incaricato giudiziario a fianco del giudice e che è per ciò stesso terzo rispetto sia al fallito sia ai creditori (cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 110 e ss.), non si comprende, per fare un esempio, in che modo egli potrebbe apprezzare (e, soprattutto, a quale titolo potrebbe decidere circa) l’esigenza di una data comunità di continuare ad usufruire del servizio (magari pubblico) prestato dall’impresa del fallito. Delle esigenze generali di natura socio-economica (che, come abbiamo visto sopra, sono tutelabili attraverso il co. 1) può (e deve) farsi carico esclusivamente il tribunale. Se nell’ipotesi del co. 2 mancano riferimenti ad interessi “altri” rispetto a quello dei creditori, e se il tribunale non ha alcuna competenza, significa che l’esercizio provvisorio in questione ha, per così dire, un raggio d’azione diverso, più limitato rispetto a quello che viene disposto direttamente dall’autorità giudiziaria con la sentenza dichiarativa di fallimento. Peraltro, ciò non può essere negato richiamando le parole della già citata *Relazione* accompagnatoria al d.lgs. n. 5/2006, della quale riportiamo un passo più ampio: “in questo contesto, frutto di un rinnovato modo di interpretare la stessa funzione dell’esecuzione forzata collettiva, si pone anche la previsione dell’esercizio provvisorio dell’impresa, il quale può essere autorizzato o con la sentenza dichiarativa di fallimento, nel caso in cui l’improvvisa interruzione possa comportare «un danno grave», sempre che «non arrechi pregiudizio ai creditori», ovvero con successivo provvedimento del giudice delegato, su proposta del curatore, qualora il comitato dei creditori, con parere vincolante, ritenga la continuazione temporanea dell’esercizio dell’impresa conveniente per i creditori stessi o più proficua ai fini della collocazione sul mercato dell’azienda o di suoi rami. Ed è proprio in questo secondo caso che si può cogliere l’aspetto più significativo dell’innovazione, essendosi qui voluto accentuare che l’istituto, a differenza di quanto previsto dall’art. 90 del regio decreto del 1942, risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell’impresa ceduta nella sua integrità o in parte”. Com’è stato notato da diversi commentatori, i redattori della *Relazioni* si sono confusi: v., ad es., G. BOZZA, *Liquidazione dell’attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, op. cit., p. 859, il quale osserva che “sul punto la relazione non ha colto il vero significato dell’innovazione perché mostra di non aver capito che la conservazione di una impresa funzionante e dell’integrità dei beni aziendali è, mai come in questo caso [l’A. sta analizzando l’ipotesi del co. 2, ndr], finalizzata ad una più proficua liquidazione nell’interesse dei creditori”.

In ogni caso, non conviene dilungarsi oltre sul tema, atteso che, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, l'ipotesi di esercizio provvisorio che viene in rilievo nella prassi è quella prevista dal co. 1, in cui la misura è disposta dal tribunale nel momento stesso in cui dichiara il fallimento: poiché se ne darà conto più avanti, qui non si anticipa alcunché.

8. L'esclusione degli enti pubblici dal fallimento.

8.1. L'articolo 1, comma 1 della legge fallimentare.

La seconda norma che viene in rilievo è quella contenuta nell'art. 1, co. 1 l. fall., ai sensi del quale “Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”³⁴¹.

Benché si parli – senza specificazioni di sorta – di “enti pubblici”, tradizionalmente si ritiene che l'esclusione della fallibilità prevista dall'art. 1 l. fall. non riguardi l'ente pubblico in generale, ma sia specificamente riferita all'ente pubblico economico (art. 2201 c.c.), atteso che per quello non economico sarebbe affatto configurabile la qualifica di imprenditore³⁴².

Si tratta di un'opinione molto diffusa in dottrina³⁴³, basata su un ragionamento lineare: la prima delimitazione dell'oggetto della materia che emerge dalla

³⁴¹ La norma ribadisce il principio già risultante dall'art. 2221 c.c., secondo cui “Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali”. Al riguardo, L. POTITO-M. SANDULLI, *Commento all'art. 1*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, op. cit., p. 5, osservano che “circa la disciplina degli enti pubblici, la legge nulla ha innovato”, ragion per cui “è sufficiente [...] ribadire che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento”. Anche G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, op. cit., p. 112, nota che “Quanto agli enti pubblici l'attuazione della riforma ha confermato la loro esclusione dall'area concorsuale”.

³⁴² Danno conto di tale lettura della norma: L. POTITO-M. SANDULLI, *Commento all'art. 1*, op. cit., p. 5; S. FORTUNATO, *Commento all'art. 1*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO, 2006, I, p. 57.

³⁴³ *Ante riforma*, v. P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 70, secondo cui gli enti pubblici di cui parla l'art. 1 “altri non possono essere che quelli economici”; G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 52; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., p. 237 e ss.

Dopo la riforma, v. G. CAPO, *Fallimento e impresa*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE-A. BASSI, 2010, I, p. 51, secondo cui “va da sé che l'esclusione interessa essenzialmente gli enti pubblici economici, la cui funzione istituzionale risiede nell'esercizio

disposizione dell'art. 1 l. fall. è quella dell'esercizio dell'attività commerciale, sicché l'esclusione dalla soggezione al fallimento riguarda gli enti pubblici economici che svolgono tale attività, mentre non concerne gli altri enti pubblici (territoriali o non territoriali) che sono esclusi dalla soggezione al fallimento per il semplice fatto che non svolgono attività commerciale o, anche se la svolgono, questa non è esercitata in misura prevalente o professionale tale da acquisire il carattere della professionalità imprenditoriale³⁴⁴.

Siccome è inimmaginabile sottoporre a fallimento un ente pubblico non economico³⁴⁵, è evidente che il legislatore allude, con l'esonero di cui all'art. 1 l. fall., agli enti pubblici economici, gli unici per i quali potrebbe sorgere il dubbio circa la loro fallibilità. Solo questi ultimi, infatti, possono essere classificati come imprenditori commerciali³⁴⁶.

Si tratta di considerazioni irreprensibili: se riferita a soggetti quali gli enti pubblici non economici (detti anche amministrativi o autarchici), l'esenzione di cui all'art. 1, co. 1 l. fall. non avrebbe alcun senso, atteso che detti enti sono dotati di

«esclusivo» o «prevalente» dell'attività d'impresa, potendo soltanto con riguardo ad essi *in thesi* operare lo statuto dell'imprenditore"; G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, op. cit., p. 111; G. SCHIANO DI PEPE, *I presupposti (soggettivi e oggettivi) per la dichiarazione di fallimento*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, a cura dello stesso Autore, op. cit., p. 2; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 12.

³⁴⁴ In questi termini, S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 439. Siamo di fronte ad un vero e proprio sillogismo, in cui la premessa maggiore consiste nell'affermazione secondo cui "può fallire solo chi è imprenditore commerciale", mentre la premessa minore è quella per cui "tra gli enti pubblici, l'unico che può assumere la qualifica di imprenditore commerciale è l'ente pubblico economico". Poste queste due premesse, la conclusione è di facile individuazione: "a poter fallire è solo l'ente pubblico economico".

³⁴⁵ Come afferma, ad es., R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 238-239, secondo cui "gli altri enti pubblici non economici [...] neppure ipoteticamente potrebbero configurarsi come assoggettabili ai procedimenti concorsuali". La ragione è quella che abbiamo indicato nel testo: l'impossibilità, per i soggetti in questione, di assumere la qualifica di imprenditore commerciale. Cfr., *ex multis*, G. POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 573, n. 28: "L'esenzione in parola non si riferisce, invece, agli enti pubblici (territoriali o non territoriali) non economici, i quali non assumendo affatto la qualifica di imprenditori commerciali sono esclusi da ogni procedura concorsuale".

³⁴⁶ Cfr. G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società. Riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, 2007, pp. 148-149: "Mentre gli enti pubblici non economici, i quali esercitano un'attività commerciale accessoria o sussidiaria o in modo occasionale, non assumono la qualifica di imprenditori commerciali e come tali non sono soggetti alle procedure concorsuali, nei confronti degli enti pubblici economici trova applicazione lo statuto disposto dal legislatore per l'imprenditore commerciale, salve le eccezioni espressamente previste. Non per la loro natura, quindi, ma per l'esplicita disposizione dell'art. 1 legge fallim., gli enti pubblici economici non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo".

caratteristiche tali da impedire ogni pretesa qualificazione in termini di imprenditore commerciale³⁴⁷.

In ogni caso, ai fini dell'esenzione dal fallimento, la distinzione ente pubblico economico-ente pubblico non economico è di relativa utilità, perlomeno ad avviso di chi scrive. Quanto detto nelle righe precedenti è sicuramente valido, ma resta che tutti gli enti pubblici, economici e non, sono esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni sul fallimento. Da questo punto di vista, infatti, il legislatore ha previsto un trattamento omogeneo per la generalità degli enti pubblici, senza distinzione alcuna. Che poi si tratti di un ovvio riferimento agli enti pubblici non economici, questo è un altro discorso; egli ha utilizzato un'espressione onnicomprensiva quale "enti pubblici" con l'intento di fugare ogni dubbio su quali siano i soggetti esentati da fallimento³⁴⁸.

La vera questione è distinguere tra enti privati ed enti pubblici, poiché è dall'appartenenza all'una o all'altra categoria che dipende la fallibilità di un soggetto imprenditore commerciale³⁴⁹.

³⁴⁷ Secondo G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., pp. 26-27, l'ente pubblico amministrativo è: a) una persona giuridica; b) con finanziamento prevalente o influenza dominante da parte di altro ente pubblico; c) istituito per soddisfare esigenze di interesse generale; d) senza peraltro svolgere attività d'impresa. I requisiti *sub* b) e c) servono a distinguere gli enti pubblici amministrativi dalle persone giuridiche private, mentre il requisito *sub* d) dalle imprese pubbliche.

³⁴⁸ La distinzione ente pubblico economico-ente pubblico non è economico ha dunque scarsa incidenza nella risoluzione di problemi concreti. Anche a livello teorico, però, la situazione non è migliore. Di là dalle difficoltà che si possono incontrare nella definizione di un ente pubblico come economico (v. S. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Articoli e note*, in www.giustamm.it, 2004, p. 4: "Non sempre è facile stabilire se un ente sia suscettibile di siffatta qualificazione – salvo che il diritto positivo non elimini ogni problema, definendo espressamente come "economico" l'ente –, sia perché è dubbio se siano necessari tutti i caratteri propri dell'imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c., sia a causa dell'incertezza che investe proprio i detti caratteri"), la stessa linea di confine tra una categoria e l'altra non sempre si rivela ben marcata: può capitare, infatti, che sul piano statutario non ci si trovi né di fronte ad un ente pubblico economico né ad un ente pubblico territoriale, ma ad un ente dalle finalità statuarie ideali in cui di fatto l'attività economica in concreto esercitata sia prevalente o addirittura esclusiva. A ogni buon conto, anche in questa ipotesi la natura pubblicistica dell'ente impedirà la soggezione al fallimento (v. S. FORTUNATO, *Commento all'art. 1*, op. cit., p. 58).

³⁴⁹ Come si vedrà *infra*, è proprio questo uno dei punti fondamentali (se non, addirittura, il punto fondamentale) della disputa riguardante la fallibilità o meno delle società a partecipazione pubblica. Cfr. S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 438: "L'articolo 1 legge fallimentare prevede esplicitamente l'esclusione dalla soggezione al fallimento per gli enti pubblici. L'ipotesi, che tradizionalmente ha suscitato minor interesse rispetto ad altre fattispecie di esclusione, certamente nella pratica più frequenti (piccolo imprenditore, imprenditore agricolo), sta adesso assumendo particolare interesse rispetto alla problematica se possano essere sussunte nel concetto di ente pubblico – e, quindi, come tali escluse dal fallimento – le società a prevalente o totalitaria partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici necessari". In termini analoghi, L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, op. cit., p. 533, il quale fin da subito afferma che "la questione specifica [...] attiene alla possibilità di far capo all'applicazione analogica dell'art. 1 l. fall. (il quale prevede, com'è noto, che gli enti pubblici non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul

La qualificazione di un soggetto come pubblico o privato, allorché la sua natura non sia dichiarata espressamente dalla legge, costituisce il risultato di una ricerca ermeneutica che ha per oggetto le norme legislative, regolamentari e statutarie che lo riguardano³⁵⁰.

Tuttavia, a causa dell'assoluta atipicità che contraddistingue la categoria degli enti pubblici e la mancanza di criteri affidabili d'individuazione, può essere difficile stabilire, concretamente, se un ente sia da qualificare pubblico o privato³⁵¹.

Ciò si riflette – è stato osservato – sulla definizione dei confini della *no failure zone* che, proprio in relazione alla natura di ente pubblico del soggetto, non sempre è agevole. Non è in discussione, ovviamente, che nell'area dell'esenzione rientrino lo Stato e gli altri enti territoriali – regioni, province, comuni, città metropolitane (art. 114 Cost.) –, nonché gli enti pubblici definiti tali *ex lege*. In altre ipotesi, però, la qualifica di ente pubblico – soprattutto quando manchi il conforto in univoci dati normativi – risulta incerta, e gli interpreti tendono a riconoscerla sulla base di criteri diversificati, che perlopiù fanno riferimento (talvolta alternativamente, in altri casi congiuntamente) alla natura dei fini perseguiti dall'ente, come pure ai poteri ed alle prerogative da quest'ultimo esercitate³⁵².

concordato preventivo) nei confronti di società a partecipazione pubblica, con particolare riguardo a quelle incaricate dell'erogazione di servizi pubblici a livello locale”.

È peraltro interessante notare che il problema dell'applicazione dell'esenzione prevista dalla legge anche alle società a partecipazione pubblica, oggi definito come “il quesito con il quale ci si è dovuti giocoforza confrontare” (G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 573), un tempo nemmeno si poneva, come ricorda L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 604 e ss., in part. 607.

³⁵⁰ In questi termini, S. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, op. cit.

³⁵¹ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 65.

³⁵² Per tutte queste puntuali considerazioni, v. G. CAPO, *Fallimento e impresa*, op. cit., p. 51. Secondo l'opinione di A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 65, “un elemento di ordine in questo campo è stato introdotto in questo campo dalla l. 20 marzo 1975, n. 70, in base al cui art. 4 nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge: e questo, almeno per gli enti sorti dopo quella data, dovrebbe eliminare ogni problema”. *Contra*, G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', op. cit., p. 337: “Sul punto, è facile obiettare che, pur in mancanza di un'espressa qualificazione da parte della legge istitutiva, la giurisprudenza e la dottrina dominanti ammettono che la natura pubblica di un ente possa essere attribuita sulla base della ricorrenza di una serie di indici rivelatori della pubblicità”. Per un'ampia rassegna dei vari indici sintomatici, v., *ex multis*, G. ROSSI, *Ente pubblico*, voce in *Enc. giur. Treccani*, 1989, XII, p. 18 e ss.; G. D'ATTORRE, *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. SANDULLI, 2007, p. 108 e ss.

In definitiva, ai fini dell'assoggettamento alle disposizioni sul fallimento, fondamentale è che l'imprenditore sia di natura privata³⁵³.

8.2. Le ragioni dell'esclusione; la soggezione alla liquidazione coatta amministrativa.

Pur in assenza di specifiche indicazioni da parte del legislatore³⁵⁴, la dottrina non ha incontrato grosse difficoltà nell'individuare le ragioni poste alla base dell'esclusione degli enti pubblici dal fallimento.

Innanzitutto, occorre sgombrare il campo da ogni possibile malinteso: l'esenzione in parola non è legata a quell'esigenza deflattiva³⁵⁵ che, come noto, ha ispirato la riformulazione dell'art. 1 della legge fallimentare³⁵⁶.

Fatta questa premessa, la motivazione dell'esclusione è ritenuta consistere sia nella natura e nelle finalità pubblicistiche dell'ente, sia nell'incompatibilità dell'esecuzione generale, che caratterizza la procedura fallimentare, con la necessità di impedire la paralisi dell'attività dell'ente pubblico nel perseguimento della cura dell'interesse a lui affidato, sia nel divieto per gli organi della procedura concorsuale di sostituirsi agli organi politici nella gestione dell'attività dell'ente, non essendo ammissibile un'interferenza giudiziaria nella sovranità dell'ente pubblico³⁵⁷.

In sintesi, l'esclusione si lega alle particolari finalità che improntano l'azione degli enti pubblici: finalità il cui perseguimento resterebbe frustrato in caso di soggezione degli stessi al fallimento, attesa la funzione liquidatoria della procedura e le modalità di attuazione della stessa³⁵⁸.

³⁵³ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 64.

³⁵⁴ Tacciono, sul punto, sia la *Relazione* del Guardasigilli al r.d. del 1942, sia la *Relazione* illustrativa degli anni della riforma. A spendere qualche parola è la *Relazione* del Guardasigilli al codice civile, 912, ma per limitarsi a osservare che "L'art. 2221 conferma il principio del diritto vigente secondo cui, in caso di insolvenza, gli imprenditori, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, che esercitano un'attività commerciale sono soggetti alla procedura di fallimento e di concordato preventivo".

³⁵⁵ A sottolinearlo è S. FORTUNATO, *Commento all'art. 1*, op. cit., p. 57.

³⁵⁶ Cfr. *Relazione* illustrativa alla riforma, *sub* art. 1 l. fall., dove si afferma che "In ossequio al criterio di delega che richiede l'estensione dell'ambito dei soggetti esonerati dalla assoggettibilità al fallimento, con l'articolo 1 è stato novellato l'articolo 1 della Legge Fallimentare, ridefinendo l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto fallimentare".

³⁵⁷ Questa la limpida ricostruzione compiuta da S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 439, che nelle note riporta più puntuali riferimenti bibliografici, ai quali si rinvia.

³⁵⁸ In questo senso, G. CAPO, *Fallimento e impresa*, op. cit., p. 50. Analogamente, P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 70, il quale osserva che "Il fallimento, con le sue esigenze

Tuttavia, riducendo il discorso ai minimi termini, sarebbe la presenza concreta di un interesse pubblico a giustificare, secondo alcuni autori³⁵⁹, il particolare trattamento che il legislatore riserva ai soggetti che di quell'interesse si occupano, gli enti pubblici³⁶⁰.

Ciò nondimeno, sarebbe intollerabile la mancanza – all'interno dell'ordinamento – di uno strumento per fronteggiare le crisi di enti pubblici che esercitino un'attività commerciale.

Per questa ragione, escluso il fallimento, non è impedita altra procedura concorsuale come la liquidazione coatta amministrativa³⁶¹: procedura più consona, poiché in grado di assicurare all'autorità amministrativa il “controllo” dell'ente anche nella fase di crisi dello stesso; controllo che verrebbe inevitabilmente meno in una procedura giudiziaria come il fallimento³⁶².

Preso atto della scelta del legislatore di sottoporre a l.c.a. imprenditori che svolgono una attività di preminente interesse pubblico³⁶³, non è il caso di dilungarsi

processuali obiettive e rigorose, anche perché la struttura è congeniale al regolamento rispettoso di diritti soggettivi, potrebbe frustrare l'interesse pubblico (si pensi alla sigillazione di un'azienda bancaria o di trasporti d'interesse generale)”.

³⁵⁹ Cfr., *ex multis*, *Della dichiarazione di fallimento*, in *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. GUGLIELMUCCI, op. cit., p. 1; S. FORTUNATO, *Commento all'art. 1*, op. cit., p. 57; G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 52.

³⁶⁰ L'esclusione è dovuta a “considerazioni speciali di politica legislativa”: così, P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 70. Sul tema, S. FORTUNATO, *Fallimento dell'imprenditore o crisi dell'impresa?*, in www.academia.eu, osserva che “questa esclusione continua a mantenere il sapore di un privilegio non sempre ampiamente giustificato”; ciononostante, prosegue l'Autore, “l'esclusione dalle ordinarie procedure concorsuali è qui meno preoccupante che in altre ipotesi, se si pensa al carattere recessivo [...] degli enti pubblici economici [...] in considerazione della spinta privatizzazione degli apparati produttivi in mano pubblica che li ha trasformati in società di capitali di diritto privato”. Nello stesso senso, S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 439, secondo cui “la vicenda degli enti pubblici economici ha ormai perso di interesse, trattandosi di una categoria giuridica ampiamente superata dall'ordinamento che li ha quasi completamente sostituiti con forme di gestione di carattere privatistico, in particolare società commerciali a capitale interamente pubblico od a capitale misto pubblico e privato”.

³⁶¹ Cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 52; nonché G. SCHIANO DI PEPE, *I presupposti (soggettivi e oggettivi) per la dichiarazione di fallimento*, op. cit., p. 2.

³⁶² A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 65.

³⁶³ In questi termini, P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 70. Non a caso, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 416 osservano che le categorie di imprese assoggettate a l.c.a., pur essendo eterogenee fra di loro, “presentano un connotato comune: quello di rivestire un particolare interesse per lo Stato”. E aggiungono: “Normalmente, questo interesse si traduce nella loro sottoposizione ad un particolare e completo regime amministrativo di vigilanza e controllo, del quale allora l'assoggettabilità alla l.c.a. rappresenta l'elemento, per così dire, di chiusura: come il loro funzionamento è presidiato dal controllo amministrativo, così anche la loro crisi è – coerentemente – soggetta a controllo amministrativo”.

oltre; rimane da dire di un solo aspetto, molto importante, che riguarda il presupposto soggettivo della procedura in questione. Prima, però, si rendono necessarie due precisazioni.

Innanzitutto, la disciplina della l.c.a. è contenuta, in parte, nel Titolo V della legge fallimentare (artt. 194-215) e, per altra arte, in singole leggi speciali (T.U.B.; Codice delle assicurazioni private; T.U.F.; etc.)³⁶⁴. Le regole che governano la procedura in esame non si esauriscono dunque in quelle contenute nel r.d. del 1942, che al contrario “prevede solo uno schema base di l.c.a., sviluppato volta a volta – con modificazioni o integrazioni – nelle singole leggi di settore”³⁶⁵.

Oltretutto, va osservato che “la disciplina della l.c.a. contenuta nel l. fall. è assai scarna ed incompleta, occupandosi soltanto degli aspetti procedurali e neppure di tutti”³⁶⁶. Di qui, la seconda precisazione, divisa in due parti: la prima, per cui “in linea del tutto generale si può affermare che le norme contenute nel Titolo V della l. fall. si disinteressano quasi completamente della fase di apertura della l.c.a.”; la seconda, per cui “in particolare, non vengono stabiliti né il presupposto soggettivo né quello oggettivo”³⁶⁷.

Non tutte le imprese hanno la medesima rilevanza economica o sociale; ve ne sono alcune rispetto alle quali gli interessi in gioco sono soprattutto quelli della collettività; è quindi in un certo senso naturale che lo Stato guardi con particolare attenzione a questo tipo d'impresa, rivendicando poteri di vario genere. Sono queste le note di un vero e proprio *Leitmotiv* che accompagna le numerose riflessioni sulla l.c.a., come quelle di G. BAVETTA, *Liquidazione coatta amministrativa*, voce in *Enciclopedia del diritto*, 1974, XXIV, p. 753; nonché quelle di U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, op. cit., p. 168. Più di recente: P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, op. cit., p. 658; G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 319.

³⁶⁴ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 413, i quali osservano che “questo aspetto segna già una prima differenza” fra l.c.a. e fallimento, quest'ultimo “compiutamente ed organicamente regolato disciplinato [...] dal r.d. 267/1942”.

³⁶⁵ G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 319.

³⁶⁶ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 414.

³⁶⁷ Per entrambe queste considerazioni, v. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 415.

Le cose stavano così anche prima della riforma, fin dalla nascita della legge fallimentare. “Quali siano i presupposti della liquidazione coatta amministrativa il r.d. 16 marzo 1942, n. 243 non dice. Pertanto, non è possibile indicare, in via aprioristica, quali imprese vi possono essere assoggettate e le situazioni cui devono trovarsi per assoggettarle: sono le singole leggi speciali, alle quali quella fallimentare rinvia, che stabiliscono, di volta in volta e caso per caso, le condizioni subiettive ed obiettive per l'apertura del procedimento. È vero comunque che i presupposti della liquidazione coatta amministrativa sono molteplici e diversi: variano a seconda del tipo di impresa, a seconda dell'attività economica da questa esercitata e, ancora, a seconda della rilevanza sociale che essa rivesta. In tal modo, tutti i tentativi volti ad individuare dei presupposti unici, validi in tutti i casi, che servano a giustificare, sul piano del diritto l'assoggettamento dell'impresa alla liquidazione coatta amministrativa sono, almeno allo stato, destinati a rimanere infruttuosi”: così parla negli anni settanta G. BAVETTA,

Fatte queste precisazioni, si può procedere mettendo in luce il disposto dell'art. 2, co. 1 l. fall., secondo cui “La legge determina le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, i casi per i quali la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta e l'autorità competente a disporla”.

Ciò significa che – mentre al fallimento sono soggetti gli imprenditori commerciali di natura privata che soddisfino i requisiti dimensionali fissati dall'art. 1, co. 2 l. fall. – alla l.c.a. sono sottoposti solo gli imprenditori che singole leggi assoggettino espressamente a quella procedura³⁶⁸.

Se le disposizioni sul fallimento hanno un numero indefinito e potenzialmente illimitato di destinatari, lo stesso non può dirsi per la l.c.a., procedura per così dire elitaria, rivolta ad *numerus clausus* di soggetti. Tra questi, alcuni sono assoggettabili in via esclusiva a l.c.a., altri invece sono assoggettabili sia a l.c.a. sia a fallimento, come dimostra l'art. 2, co. 2 l. fall., ai sensi del quale “Le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa non sono soggette al fallimento, salvo che la legge diversamente disponga”³⁶⁹.

Ebbene, per gli enti pubblici – sicuramente esclusi dall'ambito di applicazione delle norme sul fallimento – non resta che la l.c.a., alla quale possono essere assoggettati soltanto per espressa previsione del legislatore³⁷⁰.

Liquidazione coatta amministrativa, op. cit., p. 761. Ancora più chiare le parole di S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1957, p. 430, secondo cui il r.d. “non accoglie neppure nel suo seno un istituto, almeno sotto il profilo della sua autonomia, quale può risultare dalla determinazione dei suoi presupposti e quindi della sua funzione”, ma si limita soltanto “a fissare un regolamento di schietta procedura, per la ipotesi in cui altre leggi dispongano, in base a insindacabili presupposti dalle medesime fissati, che un'impresa debba essere assoggettata alla liquidazione”.

³⁶⁸ Così, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 413.

³⁶⁹ Nell'ipotesi di assoggettabilità ad entrambe le procedure, vige il principio della prevenzione, nel senso che “la dichiarazione di fallimento preclude la liquidazione coatta amministrativa, e il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa preclude la dichiarazione di fallimento” (art. 196 l. fall., nonché art. 2545-*terdecies*, co. 2 c.c.). Per alcuni esempi (di imprese assoggettabili solo a l.c.a. e di imprese assoggettabili sia a l.c.a. sia a fallimento), v. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 416.

³⁷⁰ Infatti, si è giustamente osservato che “la l.c.a. è l'unica procedura concorsuale ad essi applicabile” e che “anche per essi occorre una specifica previsione normativa”: in questi termini, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 416. Ove si tratti di enti sottoposti a vigilanza dello Stato, tale specifica previsione normativa può essere oggi rinvenuta nell'art. 15 del d.l. n. 98/2011, conv. in l. n. 111/2011: “Fatta salva la disciplina speciale vigente per determinate categorie di enti pubblici, quando la situazione economica, finanziaria e patrimoniale di un ente sottoposto alla vigilanza dello Stato raggiunga un livello di criticità tale da non potere assicurare la sostenibilità e l'assolvimento delle funzioni indispensabili, ovvero l'ente stesso non possa fare fronte ai debiti liquidi ed esigibili nei confronti dei terzi, con decreto

Di conseguenza, quando a tema è la sistemazione del dissesto di enti pubblici, qualsiasi affermazione generica³⁷¹ va letta come se contenesse un riferimento esplicito alla l.c.a., unica procedura cui è possibile fare ricorso. Ricorso che non è libero ma condizionato: “l’ente pubblico è assoggettato a l.c.a. solo se la legge che lo regola espressamente lo preveda”³⁷².

del Ministro vigilante, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, l’ente è posto in liquidazione coatta amministrativa”.

³⁷¹ Come quella, ad es., di G. CAPO, *Fallimento e impresa*, op. cit., p. 49: “laddove gli enti pubblici che esercitano attività commerciale versino in stato di insolvenza, l’ordinamento ne affida le sorti a procedure *ad hoc*”.

³⁷² A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 65.

Sezione III – Una questione controversa

9. Le società a partecipazione pubblica: tra tanti problemi, quello del fallimento.

Per dare avvio al presente paragrafo, che da solo costituisce la terza e ultima sezione del primo capitolo, conviene riportare le parole di un Autore che – dopo aver constatato che “la pluralizzazione delle figure soggettive utilizzate dalla normazione amministrativa e, in particolare, il ricorso a quelle civilistiche e commercialistiche sono sempre più frequenti” – afferma: “la penetrazione dei moduli privatistici nell’organizzazione amministrativa determina [...] una reazione inversa nell’ordinamento, che si traduce nell’estensione di discipline pubbliche”³⁷³.

Orbene, oggetto della nostra attenzione non è quel che è stato definito “un radicale cambiamento del modo di agire e di porsi della P.A. nei confronti degli amministratori”³⁷⁴, vale a dire il processo di riforma che ha investito, nel corso degli anni, sia la disciplina dell’attività, sia l’organizzazione degli apparati centrali e locali dello Stato, in vista di una loro razionalizzazione e ristrutturazione (il tutto improntato ad un’idea di una pubblica amministrazione, che si organizza ed agisce sulla base dei principi dell’efficienza, dell’efficacia e dell’economicità, al fine di produrre risultati migliori ai minori costi). In questo momento ci interessa l’effetto che tale processo di riforma ha prodotto, vale a dire la summenzionata estensione delle discipline pubbliche, in particolare alle società a partecipazione pubblica.

Infatti, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, negli ultimi anni si è verificata “una sempre più accentuata estensione [...] di disposizioni «pubblicistiche» originariamente destinate alle sole pubbliche amministrazioni”³⁷⁵, al

³⁷³ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 801. Le ragioni di tale reazione inversa sono, secondo l’A., evidenti: attraverso le misure di “pubblicizzazione”, l’ordinamento mira a tutelare interessi che sarebbero altrimenti compromessi dalla sola applicazione delle regole privatistiche. Il tema è affrontato, in maniera più approfondita, all’interno di ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 155 e ss.

³⁷⁴ S. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, op. cit. In senso analogo, A. CETRA, *Le trasformazioni dell’ente pubblico*, in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI, op. cit., p. 147: “È noto che da oltre un decennio è in atto un cambiamento della veste giuridica che tradizionalmente contraddistingue il modo di agire della pubblica amministrazione, per effetto del passaggio dall’ente di diritto pubblico all’ente di diritto privato, per dare forma anche all’esercizio di funzioni prettamente pubblicistiche e non soltanto all’esercizio di iniziative economiche”.

³⁷⁵ Cfr. D’ATTORRE, *Questioni in tema di giurisdizione sugli atti delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 118, che riporta anche diversi esempi di questa estensione.

punto da spingere qualcuno a parlare di “evidente contaminazione pubblicistica del regime giuridico”³⁷⁶ delle società in questione.

Gli esempi al riguardo sono innumerevoli: selezione del contraente mediante procedimenti identici a quelli applicati dall’amministrazione, tramite il riferimento (sia comunitario sia nazionale) alle figure soggettive dell’organismo di diritto pubblico e dell’impresa pubblica; applicazione dei principi del procedimento amministrativo *ex art. 1, co. 1 l. n. 241/1990*; applicazione del diritto di accesso *ex artt. 22 e ss. l. n. 241/1990*; reclutamento del personale mediante moduli di tipo procedimentale e concorsuale³⁷⁷.

L’applicazione di “segmenti di disciplina tipici degli enti pubblici”³⁷⁸ a molte delle società a partecipazione pubblica oggi esistenti³⁷⁹ causa non poche difficoltà alla dottrina e alla giurisprudenza, da anni impegnate a districarsi tra norme appartenenti al diritto comune – la cui presenza è da ricollegarsi alla “collocazione privatistica dell’ente voluta dalla legge”³⁸⁰ – e singoli istituti pubblicistici, “chiamati in causa dalla natura degli interessi in gioco”³⁸¹.

Un’altra questione particolarmente problematica – alla quale conviene accennare brevemente – è quella che attiene alla giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica³⁸².

³⁷⁶ F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, op. cit., p. 145.

³⁷⁷ Cfr. F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, op. cit., pp. 145-146; C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, op. cit., p. 5 e ss., 21 e ss., che non a caso parla al plurale, utilizzando l’espressione “discipline”; G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 582.

³⁷⁸ G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 582.

³⁷⁹ Osserva F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, op. cit., p. 146, che “certamente, non basta essere società pubblica *tout court* perché ne segua l’obbligatoria applicazione di tutte queste discipline” (che avviene dunque “a macchia di leopardo”); “tuttavia”, prosegue l’A., “molte delle società pubbliche, anzi le principali per importanza e comunque la gran parte di esse sono interessate dalla suddetta contaminazione”.

³⁸⁰ C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica*, op. cit., p. 148.

³⁸¹ C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica*, op. cit., p. 148. In senso analogo, F. FIMMANO’, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, op. cit., p. 1300: “Dunque le società a partecipazione pubblica sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente rispettivamente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e le finanze; saranno invece assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini dell’organizzazione e del funzionamento”.

³⁸² In generale, sul tema si segnalano i seguenti contributi: R. PERRELLA, *Osservazioni in tema di società pubbliche*, in *Dottrina*, 2 dicembre 2013, in www.contabilita-pubblica.it; F. FIMMANO’, *La*

In particolare, si è posta un'alternativa: se debba ritenersi che rispetto agli amministratori di tali società operi la disciplina privatistica in tema di responsabilità dell'organo gestorio di s.p.a. di cui agli artt. 2392 e ss. c.c., o se invece debba riconoscersi in capo agli stessi, al pari dei funzionari pubblici, la responsabilità c.d. amministrativa per danni arrecati all'erario, con conseguente giurisdizione della Corte dei conti³⁸³.

Anche questa vicenda è strettamente connessa a quanto detto poc'anzi circa il processo di riforma che ha recentemente investito la P.A.: “la progressiva estensione dei confini della giurisdizione contabile che si è registrata negli ultimi anni è diretta conseguenza delle profonde trasformazioni che hanno riguardato nel nostro ordinamento tanto l'organizzazione che l'attività amministrativa”³⁸⁴

A estendere i confini della responsabilità per danno erariale degli amministratori, fino ad assoggettarvi anche quelli di società con partecipazione pubblica di minoranza, è stata la stessa Corte dei conti³⁸⁵, forse animata dal “timore che l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di formule organizzative di diritto privato consenta di eludere qualsiasi forma di controllo circa il corretto utilizzo di denaro e risorse

giurisdizione sulle “società pubbliche”, op. cit., p. 974 e ss.; C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 641 e ss.; E. MAURO, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. “pubblica”: profili pubblicistici*, nonché A. STICCHI DAMIANI, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica tra profili pubblicistici e privatistici*, entrambi contenuti in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI, op. cit., p. 309 e ss., 343 e ss.; F. DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, A. BUCCARELLI, *Il sistema della responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitali pubbliche*, T. MIELE, *La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza*, R. ARRIGONI, *responsabilità “amministrativa” e società pubbliche*, tutti contenuti in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', op. cit., p. 377 e ss., 403 e ss., 450 e ss., 627 e ss.

³⁸³ In questi termini, G. PELLEGRINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti e servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 409.

³⁸⁴ A. SAU, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in *Ist. Federalismo/Quaderni*, 2011, 2, p. 111 e ss., che prosegue: “Il ricorso sempre maggiore a soluzioni organizzative esterne all'amministrazione, nella forma di società miste pubblico-private e più recentemente *in house providing*, ha infatti posto in primo il tema della responsabilità amministrativa connessa alla cattiva gestione delle risorse pubbliche ad esse affidate, dilatando i confini di un istituto che nella legge di contabilità di Stato riguardava esclusivamente l'amministrazione ed il soggetto ad essa legato da un rapporto organico di impiego”.

³⁸⁵ Lo riporta, tra i tanti, M. DUGATO, *Introduzione. La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, op. cit., p. 8. V., tra le prime, Corte conti, sez. giur. regione Lombardia, 17 febbraio 2000, n. 296/00/EI, e Corte conti, sez. giur. regione Marche, ordinanza 4 luglio 2001, n. 28, entrambe in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 432 e ss.

pubbliche”³⁸⁶. Gli argomenti utilizzati sono stati, di volta in volta, diversi³⁸⁷. In alcuni casi è stata valorizzata la provenienza delle risorse: la natura del soggetto è irrilevante, poiché possono concorrere responsabilità di tipo diverso, in virtù del principio per cui è l’utilizzo di risorse pubbliche, indipendentemente dallo strumento (privatistico) al quale si ricorre, a costituire il presupposto necessario e sufficiente per fondare la giurisdizione della Corte dei conti³⁸⁸. In altri casi, invece, si è agito in modo più spregiudicato, operando una “espressa qualificazione pubblica della natura delle società partecipate”³⁸⁹.

Tralasciando le posizioni assunte in dottrina e concentrando la nostra attenzione sugli orientamenti della Cassazione³⁹⁰, in un primo momento la Corte regolatrice ha riconosciuto la sussistenza della responsabilità amministrativa, facendo proprie le soluzioni cui era pervenuta la magistratura contabile nei primi anni del nuovo millennio³⁹¹.

Tuttavia, a pochi anni di distanza, con la sentenza delle Sezioni Unite 19 dicembre 2009, n. 26806³⁹², la stessa Cassazione “ha sovvertito l’orientamento giurisprudenziale dominante negli anni precedenti, ammettendo la giurisdizione della

³⁸⁶ A. SAU, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, op. cit., p. 112.

³⁸⁷ Per uno sguardo d’insieme sull’orientamento della Corte dei conti, con indicazione dei relativi percorsi argomentativi, v. L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società* in house, op. cit., p. 41 e ss.

³⁸⁸ Tra le pronunce che, fino al 2009, hanno espresso tali principi, Corte conti, sez. giur. regione Friuli Venezia-Giulia, 18 giugno 2009, n. 203; Corte conti, sez. giur. regione Friuli Venezia-Giulia, 18 marzo 2009, n. 98; Corte conti, sez. I giur. centr. app., 5 agosto 2008, n. 361/A; Corte conti, sez. giur. regione Sardegna, 16 maggio 2008, n. 1181 (tutte reperibili in banca dati *Sistema leggi d’Italia-Gruppo Wolters Kluwer*, così come quelle richiamate di seguito).

³⁸⁹ M. DUGATO, *Introduzione. La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, op. cit., p. 8, che attribuisce a questa qualificazione (duramente criticata dall’A. medesimo) un ruolo decisivo nell’operazione portata avanti dalla magistratura contabile.

Scendendo nel dettaglio, la Corte dei conti è arrivata a sostenere “la natura di ente pubblico, ovvero di organismo di diritto pubblico” del soggetto, non esclusa dalla forma assunta (Corte conti, sez. I giur. centr. app., 3 dicembre 2008, n. 532/A; Corte conti, sez. giur. regione Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114) e dal regime concorrenziale in cui la società esercita la propria attività, valorizzando il soddisfacimento di bisogni di interesse generale a carattere non industriale o commerciale (Corte conti, sez. giur. regione Lombardia, 10 luglio 2009, n. 476).

³⁹⁰ Magistralmente riassunti da L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società* in house, op. cit., p. 39, cui si rimanda per un’analisi più approfondita.

³⁹¹ Lo riporta, tra gli altri, G. PELLEGRINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti e servizi pubblici locali di rilevanza economica*, op. cit., p. 409. Per tale orientamento è punto di partenza la sentenza Cass., S.U., 26 febbraio 2004, n. 3899 (in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 207 e ss.), che per prima ha affermato la giurisdizione della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica.

³⁹² In *Urb. app.*, 2010, p. 574 e ss.

Corte dei conti là dove il danno sia stato arrecato direttamente al socio pubblico ma negandola, invece, là dove si tratti di un danno arrecato al patrimonio sociale³⁹³. Sulla scia di tale pronunciamento “spartiacque”³⁹⁴ e di quelli successivi di analogo tenore, sempre a sezioni unite³⁹⁵, si è consolidato un indirizzo teso ad escludere la giurisdizione della Corte dei conti in caso di responsabilità degli amministratori di società partecipate da enti pubblici per i danni arrecate alle prime, “confermando la natura privatistica di quelle società”³⁹⁶.

Ciononostante, la questione non è del tutto sopita, per due ragioni. In primo luogo, la Corte dei conti appare piuttosto riluttante ad accettare gli arresti delle Sezioni Unite: essa continua a “confermare la propria, dissonante, interpretazione”³⁹⁷, sostenendo che la forma assunta dal soggetto (quindi la natura di soggetto privato) non impedisce la configurabilità di una responsabilità amministrativa³⁹⁸.

In secondo luogo, la stessa Cassazione si è parzialmente distaccata dal precedente indirizzo: con la sentenza 25 novembre 2013, n. 26283, le Sezioni Unite sono giunte “a una soluzione opposta per le società *in house* infrangendo il principio della distinzione tra la soggettività giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e dunque dell’autonomia patrimoniale dell’una rispetto agli altri sul rilievo che la

³⁹³ C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, op. cit., p. 642, che definisce la pronuncia in questione come un vero e proprio “*leading case*”.

³⁹⁴ F. FIMMANO, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, op. cit., p. 976.

³⁹⁵ Il numero di tali sentenze è talmente elevato da suggerire un rinvio al minuzioso elenco redatto in nota 50 da F. FIMMANO, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, in *Soc.*, 2014, p. 70.

³⁹⁶ M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. app.*, 2014, p. 400. V. anche F. FIMMANO, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, op. cit., p. 977: “La Suprema Corte, in virtù di questo orientamento avviato nel 2009, ha finora risolto il problema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, in modi opposti a seconda che l’azione abbia ad oggetto un danno arrecato direttamente al socio pubblico o, invece, al patrimonio sociale. Nel primo caso ha sancito la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti. Nel secondo, invece, ha rilevato: l’insussistenza di un rapporto di servizio fra gli amministratori delle società e l’ente pubblico socio; l’insussistenza di un danno erariale inteso in senso proprio, essendo il pregiudizio arrecato al patrimonio della società, unico soggetto cui compete il risarcimento; la non conciliabilità dell’ipotizzata azione contabile con le azioni di responsabilità esercitabili dalla società, dai soci e dai creditori sociali a norma del codice civile, dalla cui esperibilità non si può prescindere. Nei precedenti citati, le Sezioni unite hanno precisato che solo nel caso in cui l’evento dannoso sia prodotto dagli amministratori «direttamente» a carico del socio pubblico si configura la responsabilità amministrativa con sussistenza della giurisdizione del giudice contabile”.

³⁹⁷ M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 856.

³⁹⁸ Qui basta menzionare, a titolo esemplificativo, Corte conti, sez. I giur. centr. app., 12 giugno 2013, n. 375, in cui la Corte ha affermato la propria giurisdizione con riferimento al danno d’immagine arrecato da un amministratore di una società a totale partecipazione pubblica, ritenendo la natura privatistica del soggetto irrilevante, tenuto conto che l’interesse pubblico a l’utilità sociale possono notoriamente essere perseguiti e realizzati anche con strumenti giuridici di natura privatistica.

società *in house* non è affatto estranea all'ente pubblico, configurandosi come sua mera articolazione interna³⁹⁹. Il punto centrale della motivazione è segnato da una suggestiva metafora: “il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato”⁴⁰⁰.

Ebbene, in questo marasma che vede coinvolte le società a partecipazione pubblica, “l'ultima frontiera” è quella della loro assoggettabilità al fallimento, “della quale si sente legittimato a dubitare chi afferma l'esistenza di enti pubblici in forma societaria”⁴⁰¹.

Senza eccedere in anticipazioni su quanto sarà oggetto di trattazione nel prossimo capitolo, è qui sufficiente osservare che il problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica – al pari di quello descritto nelle righe precedenti, riguardante la giurisdizione – non è nato dal nulla, ma si è imposto prepotentemente all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza come conseguenza delle nuove modalità di intervento dello Stato e degli altri enti pubblici nei diversi settori dell'economia nazionale e locale⁴⁰².

³⁹⁹ M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. app.*, 2014, p. 401.

⁴⁰⁰ Espressioni del genere non sono nuove. V., ad es., il parere di Corte conti, sez. contr. regione Lombardia, n. 358/2013, ove si legge che “occorre superare il dogma della personalità giuridica intesa quale entità esterna all'ente di appartenenza, squarciandone il velo. Qualora un giurista dovesse contemplare con le lenti del diritto amministrativo e comunitario l'ente pubblico e la società *in house* da questo costituita, noterebbe sostanzialmente un solo soggetto che agisce per il perseguimento di finalità pubbliche”.

In ogni caso, sulla sentenza delle Sezioni Unite, datata 25 novembre 2013, si ritornerà più avanti nel corso della trattazione: si evitano perciò ulteriori riferimenti.

⁴⁰¹ In questi termini, M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, op. cit., p. 509. L'idea che esistano enti pubblici travestiti da società ha ottenuto favorevole accoglienza non solo presso la giurisprudenza contabile (come visto poco sopra), ma anche presso quella amministrativa (come riportato, ad es., da G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 117-118, peraltro molto critico nei confronti delle decisioni assunte dai vari Tar e dal Consiglio di Stato). Sulla stessa linea d'onda, quella parte della dottrina, soprattutto pubblicistica, secondo la quale il carattere pubblico della società ne condiziona la natura giuridica e permette di porre la nozione di ente pubblico in societaria, formulabile anche grazie al tramonto dello scopo lucrativo delle società: G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, p. 221 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI, op. cit., p. 84 e ss.; per un esaustivo esame della dottrina pubblicistica, F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, p. 130 e ss.

⁴⁰² Cfr. L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 603 e ss., 609 e ss.; nonché S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 441 e ss. Osserva G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 572: “Lo Stato italiano, infatti, mentre da un lato si è sempre più ritirato da una serie di settori economici di rilevanza strategica che prima controllava integralmente per mezzo degli enti pubblici economici, dall'altro vi è stato negli ultimi anni un notevole incremento della partecipazione degli enti territoriali alle società di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”. L'A. non manca di fare esempi: “si pensi, in particolare, ai trasporti, alla gestione integrata

Come abbiamo avuto modo di constatare fin dalle prime battute di questa trattazione, la scelta dello strumento societario è divenuta, nel corso degli anni, “quasi una costante del legislatore nella prospettiva della riorganizzazione dell’amministrazione pubblica e nella ricerca di modelli che potessero garantire efficienza ed economicità”⁴⁰³. Un po’ a sorpresa, quanto stabilito dal legislatore (cioè la possibilità di ricorrere allo strumento societario) ha trovato immediata accoglienza presso la P.A., dando vita ad un “crescente impiego delle società di capitali per l’esercizio di attività economiche prima affidate ad aziende autonome dello Stato o ad enti pubblici economici, ovvero ad aziende municipalizzate”⁴⁰⁴.

Stando così le cose, la proliferazione delle società a partecipazione pubblica non poteva rimanere priva di ripercussioni in un ambito, come quello delle procedure concorsuali, con cui “prima o poi, quasi tutte le costruzioni giuridiche sono chiamate a confrontarsi”⁴⁰⁵.

Proprio le vicende di alcune società a partecipazione pubblica organizzate sotto forma di società per azioni e pesantemente indebitate hanno riproposto la tematica della loro assoggettabilità alle procedure concorsuali ordinarie così come disciplinate dalla legge fallimentare nella vigente stesura, quale conseguenza dell’applicabilità dello statuto dell’impresa a tali soggetti giuridici, ovvero delle procedure previste dalle leggi speciali in tema di crisi delle grandi imprese (d.lgs. n. 270/1999; d.l. n. 347/2003; etc.)⁴⁰⁶.

Più precisamente, ad attirare l’attenzione degli interpreti sono state alcune recenti pronunce giurisprudenziali, le quali – di là dalla bontà o meno delle soluzioni concretamente prospettate, di cui si dirà – hanno avuto il merito di accendere i riflettori su un tema di estremo interesse, che arricchisce il già acceso dibattito intorno alle

dei rifiuti, alle risorse idriche, alle farmacie comunali, alla distribuzione del gas metano, alle reti di teleriscaldamento”.

Sulle diverse forme di intervento dei pubblici poteri nel settore dell’economia nazionale e locale, v. C. LACAVA, *L’impresa pubblica. Diritto amministrativo speciale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, op. cit., III, p. 2985 e ss.

⁴⁰³ F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, op. cit., p. 239.

⁴⁰⁴ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 609.

⁴⁰⁵ G. D’ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, op. cit., p. 691.

⁴⁰⁶ In questi termini, L. GHIA, *Fallimento e società di capitali a controllo o partecipazione pubblica*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali. La dichiarazione di fallimento*, 2010, I, p. 107.

società a partecipazione pubblica⁴⁰⁷; e che conferma sempre più l'obsolescenza di una rigida contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, chiamati invece a dialogare sempre più l'uno con l'altro, pur nel rispetto delle linee di confine tracciate dal legislatore.

⁴⁰⁷ Cfr. E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 1, che con queste parole dà avvio al suo scritto: "Uno dei profili di maggior interesse ed attualità scaturenti dall'ampio dibattito sulla natura della società c.d. «in mano pubblica» e sul regime di disciplina ad essa applicabile è quello che porta ad interrogarsi, in mancanza di specifiche previsioni sul punto, sulla sua assoggettabilità allo statuto dell'imprenditore commerciale e quindi sulla sua fallibilità". V. anche L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, op. cit., p. 533, secondo cui il tema si rivela di particolare interesse, tra le altre cose, "perché costituisce un'utile occasione per ripercorrere alcuni aspetti del tradizionale dibattito relativo alla natura delle società partecipate dallo Stato e dagli enti pubblici e alla disciplina ad esse applicata".

CAPITOLO SECONDO.

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA POSSONO FALLIRE? LA CASSAZIONE RISPONDE AFFERMATIVAMENTE. LA QUESTIONE CESSA D'ESSER CONTROVERSA?

SOMMARIO: 1. Le prime pronunce dei tribunali fallimentari riguardanti società a partecipazione pubblica. – 1.1. Il metodo c.d. “tipologico”. – 1.2. Il metodo c.d. “funzionale”. – 1.3. Le critiche, fino a settembre 2013. – 2. Le società a partecipazione pubblica possono fallire? La risposta affermativa dei giudici di legittimità: Cass., 27 settembre 2013, n. 22209. – 2.1. Uno sguardo d’insieme sulla sentenza. – 2.2. La risposta al metodo c.d. “tipologico”. – 2.2.1. L’organismo di diritto pubblico. – 2.2.2. La teoria degli indici sintomatici della pubblicità (in breve). – 2.2.3. Conclusioni. – 2.3. La risposta al metodo c.d. “funzionale”. – 2.3.1. Una premessa. – 2.3.2. La confutazione dei principali argomenti su cui poggia il metodo c.d. “funzionale”. – 2.3.3. La lettura “corretta” dell’articolo 104, comma 1 della legge fallimentare. – 2.3.4. Una questione non direttamente affrontata dalla Cassazione: l’applicazione analogica dell’articolo 1, comma 1 della legge fallimentare. – 2.4. I fondamentali principi enucleati dalla Cassazione e la loro applicazione. – 2.4.1. Il rispetto dei principi di uguaglianza e di affidamento dei terzi; il rispetto delle regole di concorrenza tra operatori economici. – 2.4.2. Il dibattito sulla natura delle società a partecipazione pubblica: i giudici di legittimità proseguono lungo la linea tracciata dall’articolo 4, comma 13 del decreto legge n. 95/2012. 2.4.3. – Le società a partecipazione pubblica come imprenditori commerciali: l’inammissibilità di una “terza via” per negarne la fallibilità. – 3. Un’eccezione: l’*in house providing* (rinvio al capitolo successivo).

1. Le prime pronunce dei tribunali fallimentari riguardanti società a partecipazione pubblica.

Con riferimento al nostro tema, per lungo tempo l’unico precedente giurisprudenziale è stato costituito da un risalente arresto della Suprema Corte di Cassazione in cui si è affermata l’applicazione del regime privatistico ordinario, comprensivo dell’assoggettamento a procedure concorsuali, per una società per azioni concessionaria di un pubblico servizio ed al cui capitale partecipavano soci pubblici⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Cass., 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fall.*, 1979, p. 593 e ss.: “una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l’esercizio di un’autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato – e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale sottoposto al regime privatistico e ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (art. 187 legge fallimentare) – per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell’autostrada sia configurabile, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa

Dato per assodato che la mera titolarità in capo ad un soggetto pubblico delle partecipazioni ad una società per azioni non consente di concludere *tout court* per la natura pubblica della partecipata ai fini della sua assoggettabilità a procedura concorsuale ordinaria⁴⁰⁹, il giudice ordinario assegnato alle sezioni deputate alla trattazione della materia fallimentare non aveva dubbi⁴¹⁰: la società a partecipazione pubblica restava “un soggetto di diritto privato destinata ad operare secondo il diritto comune”⁴¹¹.

A tale impostazione – per tanti anni “tradizionale e decisamente prevalente”⁴¹² – più di recente si sono affiancate, in rapida successione, diverse pronunce giurisprudenziali, nelle quali la questione è stata affrontata e risolta in maniera differenziata⁴¹³.

(pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio”. Tale sentenza – osserva E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO’, op. cit., pp. 362-363 – “si inserisce nel solco di quell’orientamento della dottrina commercialistica, pressoché monocrorde a tutt’oggi, secondo cui in tali casi ad essere pubblico è il soggetto che detiene tutta o parte rilevante del capitale, non l’ente stesso che resta pur sempre una società di diritto comune, come tale in linea di principio assoggettabile al fallimento ai sensi dell’art. 2221 c.c., ove ne ricorrano i presupposti”.

Successivamente non si segnalano interventi sul tema per molti anni, se non quello della stessa Corte a conferma della propria linea privatistica sull’argomento: si tratta della sentenza (peraltro già citata *supra*, n. 27) delle Sezioni Unite del 6 maggio 1995, n. 4991, che decidendo in merito ad una questione relativa a società per azioni costituite dai Comuni e dalle Province a norma dell’art. 22, co. 3, l. n. 142/1990 per la gestione di pubblici servizi, previa costituzione od acquisizione delle opere ed infrastrutture necessarie, ha affermato che esse (le società per azioni partecipate) “operano come persone giuridiche private, nell’esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l’ente pubblico, nei confronti del quale hanno assunto l’obbligo di gestire il servizio; atteso che, da un lato, il rapporto tra l’ente territoriale e la società non è riconducibile né alla figura della concessione di pubblico servizio, né all’ipotesi di concessione per la costruzione di opere pubbliche e che, dall’altro. Non è consentito all’ente pubblico locale di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto di servizio e sull’attività della società mediante l’esercizio di poteri autoritativi e discrezionali”.

⁴⁰⁹ Cfr. E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 363: “D’altro canto come potrebbe non essere così in un modello societario incentrato sulla tendenziale irrilevanza della persona dell’azionista nell’organizzazione sociale?”.

⁴¹⁰ Come ricorda, tramite una suggestiva immagine, L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 605: “Nell’orto affidato alle sue cure [del giudice, ndr], in un’epoca in cui i mulini sembravano essere bianchi, non allignavano, infatti, piante strane ed organismi geneticamente modificati in grado di costituire motivo di soverchia preoccupazione”.

⁴¹¹ Pret. Torino, 12 dicembre 1978, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 248 e ss.; Cass., 9 novembre 1981, n. 5919, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 423 e ss., secondo la quale ai dipendenti di società per azioni a prevalente partecipazione pubblica, non si applicano i benefici di cui alla normativa sugli *ex combattenti*, stante la natura giuridica di soggetto di diritto privato dell’ente datore di lavoro.

⁴¹² G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 574.

⁴¹³ Così, G. D’ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, op. cit., p. 330. In senso analogo, *Gli organismi partecipati dagli enti locali*, a cura della Commissione enti pubblici, *Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bologna*, 22 marzo 2014, p. 55:

Il primo provvedimento edito è quello, divenuto ormai famoso, del Tribunale di S. Maria Capua Vetere datato 9 gennaio 2009, nel quale è stata affermata la non assoggettabilità a fallimento delle società a partecipazione pubblica al ricorrere di determinate condizioni⁴¹⁴. A questa pronuncia ne sono seguite altre⁴¹⁵, così da far guadagnare al filone d'indagine "revisionista", inaugurato dal tribunale campano, numerosi consensi⁴¹⁶.

Non è però possibile fare di tutta l'erba un fascio: sebbene le decisioni appartenenti al nuovo indirizzo giurisprudenziale ammettano la possibilità di non sottoporre a fallimento le società a partecipazione pubblica, i percorsi da esse seguiti sono differenti. Per questo motivo, volendo rapidamente analizzare tali pronunce, occorre compiere la suddivisione che segue⁴¹⁷.

"L'analisi giurisprudenziale, nel corso degli ultimissimi anni, però, ha subito un importante ritorno in considerazione del fatto che la particolare crisi economica, che oggi interessa il Paese, ha messo a dura prova l'intero sistema economico, e con esso il sistema delle partecipate pubbliche. Queste, lavorando con margini necessariamente ristretti [...] (s)travolti dalla crisi finanziaria, sono entrate a pieno titolo nelle «cronache» di questi anni con decisioni giurisprudenziali, non uniformi, che ne hanno decretato talvolta lo stato di insolvenza talaltra l'esclusione dal fallimento".

⁴¹⁴ In *Fall.*, 2009, p. 713 e ss.

⁴¹⁵ Trib. Patti, 6 marzo 2009, in www.dejure.it; Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 689 e ss.; App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 689 e ss.; Trib. Termini Imerese, 3 agosto 2009, in www.osservatorio-oci.org; App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, p. 689 e ss.; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Messina, 29 aprile 2010, in www.osservatorio-oci.org; Trib. La Spezia, 21 marzo 2013, in www.dejure.it e in www.ilfallimentarista.it con nota di A.M. LEOZAPPA; Trib. Alessandria, 9 luglio 2013, in www.dejure.it. Non tutte queste sentenze utilizzano le stesse argomentazioni per negare l'assoggettabilità a fallimento delle società a partecipazione pubblica: alcune si collocano nel solco tracciato da S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009 (metodo/approccio "tipologico, v. *infra*); altre seguono una via diversa (metodo/approccio "funzionale", v. *infra*). L'obiettivo avuto di mira, in ogni caso, è il medesimo.

Si segnala che non mancano al contempo decisioni a conferma del carattere privatistico delle società a partecipazione pubblica e della loro assoggettabilità a fallimento. V., *ex multis*, Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, in www.lexambiente.it; Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Nola, 17 giugno 2010, www.ilcaso.it; Trib. Foggia, 17 novembre 2010, in www.osservatorio-oci.org; App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, in *Dir. fall.*, 2013, p. 563 e ss., con commento di G. POSITANO; Trib. Rimini, 13 maggio 2013, in *Fall.*, 2013, p. 1276 e ss.; App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, in *Fall.*, 2013, p. 1290 e ss., con commento di F. FIMMANO; Trib. Benevento, 29 agosto 2013, in www.ilcaso.it.

⁴¹⁶ Cfr. *Gli organismi partecipati dagli enti locali*, op. cit., p. 55: "Viene data, così, una svolta al tema, invertendo l'opinione giurisprudenziale sicuramente maggioritaria fino a quel momento, aprendo, così, la strada verso la riqualificazione delle società pubbliche in senso pubblicistico. Sotto tale spinta, e nella stessa direzione, altri Tribunali hanno confermato la non assoggettabilità a procedura fallimentare seppur con diverse argomentazioni".

⁴¹⁷ Realizzata, tra gli altri, da E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 3 e ss. La parte che segue si rifà alle puntuali osservazioni svolte dall'Autrice: chiarito ciò, si evita di appesantire il testo con continue note di richiamo all'opera citata.

1.1. Il metodo c.d. “tipologico”.

L’ampia casistica sviluppatasi dal 2009 in avanti consente di mettere in risalto la presenza di due orientamenti principali, volti ad ammettere o a negare la soggezione delle società a partecipazione pubblica a fallimento, vuoi in base ad un metodo c.d. “tipologico”, vuoi in base ad un metodo c.d. “funzionale”.

La prima impostazione si fonda sull’idea per cui la disciplina della società partecipata possa essere ricostruita solo dopo aver accertato gli indici rivelatori della sua natura, pubblica o privata⁴¹⁸. Pertanto, la società non sarebbe soggetta alla normativa fallimentare, in presenza di una serie di elementi sintomatici della sua natura pubblica, come ad esempio la nomina degli organi sociali da parte dell’ente pubblico, la previsione di apposite clausole statutarie volte ad attribuirgli particolari prerogative e correlativamente a limitare l’autonomia gestionale degli amministratori, la costituzione o lo scioglimento della società ad iniziativa pubblica, l’esistenza di un finanziamento pubblico e così via⁴¹⁹.

⁴¹⁸ In giurisprudenza, v. Cons. Stato, 31 gennaio 2006, n. 308, in *Dir. giust.*, 2006, p. 94 e ss., che, in tema di società privatizzate, sottolinea la necessità di verificare “se ci si trovi dinanzi ad un caso di privatizzazione dolo formale dell’esercizio di pubbliche funzioni, tale da sottrarre la società ad un inquadramento nella sfera del diritto privato”; Cons. Stato, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro it.*, 2003, III, p. 238 e ss.

In dottrina, uno dei primi a qualificare come enti pubblici le società per azioni in presenza di specifici indici rivelatori o sintomatici della loro natura pubblica, è G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell’ente*, op. cit., in part. p. 205 e ss., che precisa come debba riconoscersi natura giuridica soltanto a quelle società per azioni nelle quali “la partecipazione dello Stato importi una variazione nella organizzazione e nel funzionamento della società, per modo che il potere di determinazione dell’azione sociale sia in un certo senso ed entro certi limiti sottratto all’organo sovrano della società”.

⁴¹⁹ Cfr. *Gli organismi partecipati dagli enti locali*, op. cit., pp. 55-56, dove si osserva che l’impostazione in parola “considera indispensabile al di là della forma entrare nel merito degli aspetti organizzativi e gestionali per comprendere se permangono o meno quei caratteri privatistici, e nel caso in cui gli stessi risultassero «svuotati» bisognerà riqualificare quella società per azioni come società pubblica equiparabile all’ente pubblico con la conseguenza di definirne la non assoggettabilità a fallimento. Gli elementi che bisognerà considerare a tal fine possono essere individuati ad esempio in clausole dirette al divieto di alienazione della azioni; fortissime limitazioni all’autonomia funzionale degli organi societari e limitazioni all’esercizio dei diritti dei soci; lo scioglimento anticipato solo in caso di modifica della legge; nomina degli amministratori, o maggioranza, da parte di organi pubblici; [...] Gli indicatori sono riconducibili in sintesi a due aspetti: quello gestorio e quello dell’attività svolta. Pertanto, questa tesi intende dare prevalenza alla sostanza rispetto alla forma giuridica e, di conseguenza, in presenza di indici sintomatici, di cui sopra, è possibile riconoscere natura pubblica anche a società per azioni formalmente private. In altri termini, deve ritenersi non assoggettabile al fallimento la società a partecipazione pubblica avente natura formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica”.

In base ai presupposti citati, non sarebbe dunque sufficiente ad escludere la qualifica di ente pubblico il fatto che esso abbia formalmente assunto la veste di società di capitali.

Esemplificativa di questo *modus operandi* è proprio la citata pronuncia del Tribunale di S. Maria Capua Vetere, che ha negato l'assoggettabilità al fallimento di una società per azioni di servizi a partecipazione pubblica "in ragione della sua natura pubblicistica", richiamando a conforto "la evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali e dell'attività di tali società a discapito degli aspetti formali e della veste giuridica assunta dalle stesse"⁴²⁰.

In conclusione, il metodo c.d. "tipologico" giunge a fare applicazione della normativa privatistica o pubblicistica previa analisi degli indici rivelatori della pubblicità o meno dell'ente societario. Prima di dichiarare il fallimento di una società a partecipazione pubblica, occorre interrogarsi sulla natura della medesima: se l'aspetto gestionale e quello operativo risultano completamente avulsi dalle regole di diritto commerciale⁴²¹, la società va qualificata quale ente pubblico, come tale sottratto al fallimento in base all'art. 1 l. fall.

⁴²⁰ Per un'analisi dettagliata del contenuto della pronuncia, con indicazioni dei singoli argomenti adottati dal Tribunale a sostegno della propria tesi, G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, op. cit., pp. 330-331; nonché L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 616 e ss. Come ricorda quest'ultimo, la pronuncia del Tribunale di S. Maria C. V. fa propri taluni argomenti utilizzati spesso anche dalla giurisprudenza amministrativa, particolarmente incline alla riqualificazione in senso pubblicistico di società di capitali partecipate da enti pubblici: "In ambito amministrativo, infatti, si segnala un forte indirizzo pubblicistico sul tema delle società pubbliche. Da tempo la giurisprudenza amministrativa si esprime nel senso della riqualificazione delle società miste in società di diritto pubblico, e, per questa via, riconosce la propria giurisdizione in quanto individua quei caratteri pubblicistici propri degli enti pubblici. In generale le motivazioni addotte dalla giurisprudenza amministrativa possono ricondursi soprattutto alla presenza di diversi indicatori di pubblicità del soggetto giuridico, cui si affiancano tutti quei casi in cui la società esercita la propria attività in concessione amministrativa o di origine amministrativa. In generale, si afferma che alla presenza di determinati indici rivelatori le società private sono da considerarsi società esercenti attività amministrativa e, pertanto, vengono sottratte alla disciplina propria delle società private. Alcuni esempi possono essere individuati nelle modalità costitutive, nell'organizzazione; nella stessa attività svolta ed ancora nel fine perseguito di interesse generale" (così, *Gli organismi partecipati dagli enti locali*, op. cit., pp. 56-57).

⁴²¹ Illustrando il metodo c.d. "tipologico", G. POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, op. cit., pp. 576-577, evidenzia che "indici di pubblicità vengono [...] ricondotti essenzialmente a due distinti aspetti: quello gestionale e quello dell'attività della società"; di conseguenza, "la società pubblica acquisterebbe una connotazione pubblicistica solo qualora entrambi questi profili risultassero completamente avulsi dalle regole e schemi del diritto commerciale, così da rappresentare la stessa una mera articolazione che si immedesima nel soggetto pubblico che la partecipa".

1.2. Il metodo c.d. “funzionale”.

Parallelamente al metodo c.d. “tipologico” appena delineato, parte della giurisprudenza ha sviluppato un diverso orientamento il quale, partendo dall’analisi delle finalità perseguite e degli interessi protetti in una determinata materia, perviene ad un’applicazione “a scacchi” delle disposizioni di diritto pubblico (allorché espressamente previste) e di diritto privato (allorché, in assenza di diverse previsioni, non vi sia ragione di derogarle in considerazione della natura degli interessi protetti)⁴²².

Calando questo metodo nel nostro ambito d’indagine, l’applicazione delle disposizioni fallimentari non dipenderebbe più dalla natura – pubblica o privata – della società partecipata, ma dall’importanza da essa rivestita per l’ente pubblico⁴²³.

Più precisamente, l’esenzione dal fallimento riguarderebbe le sole società a partecipazione pubblica che svolgano servizi pubblici essenziali (quali il trasporto, la raccolta di rifiuti, il servizio postale) e che, in quanto tali, siano considerate necessarie dall’ente pubblico che le partecipa. Tali società “necessarie”, infatti, non sarebbero sottoponibili al fallimento, poiché l’eventuale apertura della procedura concorsuale lederebbe inevitabilmente quegli interessi pubblici che la clausola di esonero prevista dall’art. 1 l. fall. vuole salvaguardare⁴²⁴.

In altri termini, le stesse istanze di tutela dell’interesse pubblico – che giustificano l’esenzione da fallimento degli enti pubblici – si assume possano riscontrarsi anche nelle società a partecipazione pubblica c.d. “necessarie”, laddove il carattere della necessità è legato allo svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali, destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi⁴²⁵.

Così, mentre per il metodo c.d. “tipologico” – in virtù della qualificazione della società a partecipazione pubblica quale ente pubblico – l’art. 1 l. fall. è applicabile *de*

⁴²² Cfr. E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 7.

⁴²³ Cfr. E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 367: “in sostanza, questo approccio [...] proporrebbe all’interprete di «saltare» l’operazione qualificatoria a monte per stabilire in concreto se debba trovare applicazione la disciplina privatistica o pubblicistica in considerazione della natura dell’attività e degli interessi coinvolti”.

⁴²⁴ Cfr. G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 577 e ss.

⁴²⁵ In questi termini, Cfr. E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 368.

plano, per il metodo c.d. “tipologico” si rende necessaria un’operazione più complessa, che passa attraverso *i*) l’individuazione della *ratio* che giustifica l’esenzione da fallimento dell’ente pubblico⁴²⁶; *ii*) la verifica della sussistenza, nella fattispecie che vede coinvolta la singola società a partecipazione pubblica, delle stesse esigenze di tutela che motivano l’esenzione da fallimento dell’ente pubblico⁴²⁷; *iii*) l’interpretazione analogica del disposto contenuto nell’art. 1 l. fall., così da negare la fallibilità della società in questione⁴²⁸.

Un simile approccio è riscontrabile nel decreto della Corte d’appello di Torino, 15 febbraio 2010⁴²⁹. La Corte torinese⁴³⁰, nell’individuazione della concreta disciplina applicabile all’ente (nel caso di specie, un consorzio costituito, ai sensi dell’art. 31 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, da quattro Comunità montane, in cui avevano poi fatto ingresso diciannove Comuni), fa riferimento “alla natura e qualità degli interessi tutelati, per una selezione discreta di compatibilità o meno della disciplina privatistica in una determinata materia”; selezione discreta in vista della quale “è

⁴²⁶ Cfr. E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 368, la quale evidenzia che “il percorso ermeneutico proposto, in vista della verifica di compatibilità delle norme fallimentari rispetto alla tutela degli interessi pubblici coinvolti nell’attività sociale, parte dall’individuazione della *ratio* della previsione di non fallibilità degli enti pubblici *ex art. 1 l. fall.*”; *ratio* che consisterebbe “nell’incompatibilità della procedura con lo svolgimento dell’ordinaria attività dell’ente pubblico, per il suo carattere di esecuzione generale ed il suo fine esclusivo di tutela delle ragioni creditorie, incompatibilità tale da precludere il perseguimento dell’interesse pubblico”.

⁴²⁷ Detto altrimenti, si tratta dell’indagine circa la necessità o meno della società per l’ente pubblico che la partecipa. Se la società è da ritenersi “necessaria”, vi è un’incompatibilità tra interessi pubblici ed apertura del fallimento, per gli effetti che esso produce in ordine *i*) allo spossessamento del debitore dei beni aziendali e alla cessazione dell’attività d’impresa (art. 42 l. fall.); *ii*) all’attribuzione all’autorità giudiziaria, anziché amministrativa, del potere di decidere in ordine all’eventuale prosecuzione dell’attività d’impresa da parte della società, peraltro finalizzata all’esclusiva tutela del ceto creditorio (art. 104 l. fall.), nonché in ordine al possibile affidamento a terzi dell’attività attraverso l’affitto dell’azienda del fallito (art. 104-bis l. fall.). In tal caso, si dice, verrebbe lesa la riserva della titolarità delle funzioni amministrative, costituzionalmente garantita (art. 108 Cost.), in favore degli enti pubblici.

Al riguardo, v. E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 369 e G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 578.

⁴²⁸ Cfr., di nuovo, E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 368.

⁴²⁹ In *Fall.* 2010, p. 689 e ss. Per una rapida quanto chiara analisi del provvedimento in esame, v. L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., pp. 618-619.

⁴³⁰ Che dichiara fin da subito di aderire a “un approccio interpretativo, di recente progressiva affermazione, ispirato ad un metodo, piuttosto che tipologico (ossia di qualificazione, sia pure secondo un criterio non formale, ma sostanziale, della natura giuridica dell’ente), di tipo funzionale (inteso all’individuazione della concreta disciplina applicabile all’ente, sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune, dettata per le società di diritto privato con le specifiche norme del settore dettate dal legislatore)”.

stata ravvisata la proficuità dell'individuazione del carattere di necessità dell'ente (anche se con più specifico riguardo alla società in mano pubblica) rispetto alla realizzazione delle finalità dell'ente pubblico”.

In conformità a queste premesse, la Corte ha affermato che, “con riferimento alla normativa concorsuale”, “la *ratio* dell'inassoggettabilità al fallimento degli enti pubblici si fonda sull'incompatibilità della procedura [...] caratterizzata da un'esecuzione generale sul patrimonio del debitore e collettiva dell'intero ceto creditorio, con l'ordinaria attività di tali enti, con conseguente sostituzione degli organi fallimentari a quelli politici di gestione, comportando un'inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi e con pregiudizio degli effetti dello spossessamento del debitore e della cessazione dell'attività d'impresa sulla continuativa e regolare esecuzione del servizio pubblico rispondente alla realizzazione degli interessi generali”. “Pertanto – prosegue la Corte –, ove la lesione di tali interessi, riconducibile al carattere necessario dell'attività degli enti pubblici rispetto alla tutela delle finalità pubbliche, non si verifichi, non è configurabile alcuna preclusione dell'applicazione delle disposizioni concorsuali agli enti medesimi”⁴³¹.

⁴³¹ V. Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.* 2013, p. 869 e ss. (che fa anch'essa applicazione del metodo c.d. “funzionale”), in part. pp. 875-876: “appare evidente come il discorso non possa essere condotto in maniera unitaria per tutte le società in mano pubblica: ci sono società a partecipazione pubblica il cui fallimento non lede alcuno degli interessi pubblici selezionati e tutelati dall'art. 1 l. fall. e ci sono altre società per le quali una siffatta lesione è *in re ipsa*. Quest'ultima categoria, in particolare, è costituita da quelle società che presentano il carattere della «necessità», nel senso che la loro esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale che vi intrattiene rapporti connessi a tale valutazione. La necessità è legata, evidentemente, allo svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi (quali, ad esempio, il servizio di raccolta dei rifiuti, quello di trasporto pubblico, quello postale) che l'ente pubblico abbia affidato alla società [...] Quando una società in mano pubblica riveste carattere necessario per l'ente territoriale in un determinato momento, si profila una oggettiva incompatibilità tra l'eventuale suo assoggettamento a procedura fallimentare e la tutela degli interessi pubblici [...] Questa incompatibilità tra gli interessi pubblici e l'apertura di una procedura fallimentare non sussiste, invece, con riferimento alle società in mano pubblica che siano prive del descritto requisito della necessità, in quanto non svolgano attualmente un servizio pubblico essenziale”.

In estrema sintesi, l'incompatibilità fra interessi pubblici ed apertura della procedura concorsuale non sussisterebbe con riguardo alle società a partecipazione pubblica prive del requisito della necessità, perché non svolgenti all'atto del fallimento alcun servizio pubblico essenziale. In tal caso, a nessun titolo queste potrebbero rientrare nell'area di esonero prevista per gli enti pubblici.

Di conseguenza, occorrerebbe distinguere tra società in mano pubblica c.d. non necessarie (per le quali rimarrebbe applicabile il diritto fallimentare) e società in mano pubblica c.d. necessarie (che, invece, sarebbero escluse dalla procedure concorsuali), come evidenziato dallo stesso Tribunale di Napoli, nella sentenza appena citata: “Il diverso rapporto che intercorre, nelle due categorie di società in mano pubblica, tra gli effetti della sentenza di fallimento e gli interessi pubblici dà conto, allora, del diverso modo in cui opera la causa di esclusione dal fallimento prevista dall'art. 1 l. fall. per gli enti pubblici. Le società in mano pubblica «necessarie» sono escluse dal fallimento, perché l'eventuale apertura della procedura concorsuale lederebbe gli interessi pubblici che la norma richiamata vuole

In conclusione, il metodo c.d. “funzionale”, rinunciando alla pretesa di qualificare la società a partecipazione pubblica come ente pubblico o privato, si propone di individuare la concreta disciplina applicabile alla stessa sulla base di una valutazione della compatibilità della disciplina di diritto comune con le specifiche istanze e normative di settore⁴³²; conseguentemente, “la medesima società, in base a questa impostazione, potrebbe essere assoggettata alla disciplina pubblicistica per alcuni aspetti, e a quella privatistica in quanto compatibile per altri”⁴³³.

1.3. Le critiche, fino a settembre 2013.

Gli arresti del Tribunale di S. Maria Capua Vetere e della Corte d’appello di Torino hanno attirato su di sé l’attenzione della dottrina, da subito molto severa nel muovere le proprie critiche⁴³⁴.

Tuttavia, ciò non è bastato a dissuadere altri giudici di merito dal seguire le innovative (quanto criticate) soluzioni offerte dai nuovi approcci al tema – nel

tutelare. Al contrario, le società in mano pubblica «non necessarie» rimangono soggette al fallimento, perché la procedura concorsuale non lede alcuno degli interessi pubblici tutelati”.

Al riguardo, E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 8, osserva che “In base al ragionamento seguito dalle corti che condividono tale approccio, pertanto, l’interesse dei creditori a beneficiare dell’esecuzione concorsuale non assumerebbe carattere assoluto o inderogabile, potendo, invece, essere talora sacrificato in considerazione dell’interesse pubblico alla continuità nello svolgimento del servizio”.

⁴³² Come ricordato da Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, *cit.*, p. 875: “Secondo questo diverso approccio, il problema non è più quello di qualificare la società in mano pubblica come ente privato od ente pubblico, quanto quello di stabilire se, nella specifica materia di riferimento, debba trovare applicazione la disciplina privatistica o la disciplina pubblicistica”.

⁴³³ “[segue] D’altro canto, si dice, è lo stesso legislatore che, lungi dal disciplinare in modo organico le società a partecipazione pubblica, si limita a estendere anche a queste norme di natura pubblicistica, in funzione della natura dell’attività e dell’intensità del collegamento tra l’ente pubblico e la società, tra l’attività sociale e gli interessi generali”: in questi termini, E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 267.

⁴³⁴ Tra gli autori che respingono gli approcci tipologico e funzionale si segnalano E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 3 e ss.; G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 579 e ss.; L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, op. cit., p. 532 e ss.; L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 616 e ss. Si segnalano, inoltre, l’esame critico di S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 443 e ss., con esclusivo riferimento all’approccio tipologico, e quello di E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 370 e ss., con esclusivo riferimento all’approccio funzionale.

frattempo divenuto vero e proprio dilemma – della fallibilità delle società a partecipazione pubblica.

Il punto di svolta è arrivato con la sentenza della Cassazione 27 settembre 2013, n. 22209⁴³⁵, nella quale la Suprema Corte “ha avuto modo di affrontare *ex professo* l’annoso problema relativo alla fallibilità delle società in mano pubblica”⁴³⁶, pervenendo “ad una serie di conclusioni sistematiche assolutamente rilevanti”⁴³⁷.

Per prima cosa, i giudici di legittimità hanno 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 (anche di matrice comunitaria e giuspubblicistica) – 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 Suprema Corte ha richiamato l’art. 4 della legge n. 70 del 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 previsione di legge, debba quantomeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed in equivoco. 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 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. L’eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo – si legge sempre nella sentenza – 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 darebbero

⁴³⁵ In www.ilcaso.it.

⁴³⁶ P. PIZZA, *La Cassazione chiarisce che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento. Fine di un problema?*, op. cit., p. 1.

⁴³⁷ F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 15.

esentate da fallimento. Viceversa, una volta che il legislatore ha permesso di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, da ciò consegue l'assunzione dei rischi connessi, 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 concorrenza⁴³⁸.

Quella appena conclusa non è che una sintesi, tanto efficace quanto stringata, della pronuncia della Cassazione, il cui contenuto merita sicuramente un'analisi più approfondita. Per questo motivo, segue un elenco in cui, punto per punto, vengono ripercorsi i passi dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte⁴³⁹.

2. Le società a partecipazione pubblica possono fallire? La risposta affermativa dei giudici di legittimità: Cass., 27 settembre 2013, n. 22209.

2.1. Uno sguardo d'insieme sulla sentenza.

La Corte, nella fattispecie oggetto della decisione, afferma che una società partecipata per il 51% da un ente pubblico, nonché affidataria in concessione della realizzazione e gestione di un impianto per lo stoccaggio e lo smaltimento di rifiuti solidi urbani, deve considerarsi assoggettabile alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare.

Nel prendere questa decisione – e nell'esprimersi, più in generale, “in senso contrario all'essenzialità delle società in mano pubblica dal fallimento”⁴⁴⁰ –, i giudici di legittimità hanno seguito “un itinerario argomentativo lineare”⁴⁴¹.

La Cassazione, infatti, dopo aver ricordato che per lungo tempo non si era mai dubitato del fatto che le società a partecipazione pubblica fossero società di diritto

⁴³⁸ In questi termini, F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., pp. 15-16.

⁴³⁹ Sulla scia di quanto fatto da P. PIZZA, *La Cassazione chiarisce che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento. Fine di un problema?*, op. cit., p. 1 e ss. La parte che segue si rifà ampiamente al lavoro svolto da quest'ultimo Autore: lo si evidenzia fin d'ora, così da evitare continui rimandi.

⁴⁴⁰ L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 7.

⁴⁴¹ P. PIZZA, *La Cassazione chiarisce che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento. Fine di un problema?*, op. cit., p. 1.

comune “interamente assoggettate alla disciplina civilistica (e perciò anche alla legge fallimentare)”, ha evidenziato, in particolare, che:

- il legislatore della riforma del diritto societario (d.lgs. n. 3/2003) e quello della riforma del diritto fallimentare (d.lgs. n. 5/2006) hanno ribadito la scelta favorevole alla riconducibilità delle società a partecipazione pubblica fra quelle di diritto comune;
- le disposizioni normative speciali dedicate alle società a partecipazione pubblica non costituiscono affatto un *corpus* unitario, tale da modificare la natura di soggetti di diritto privato e da sottrarre queste società alla disciplina civilistica;
- le specifiche normative di settore dedicate alle società a partecipazione pubblica che operano in settori di pubblico interesse se, da un lato, per ciò che attiene agli ambiti da esse delimitati, attraggono nella sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato, dall’altro, rivelano, *a contrario*, che, ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a sottostare alla disciplina privatistica;
- le sentenze della Cassazione che in passato hanno ritenuto applicabili a società di capitali specifiche norme pubblicistiche (citate nella pronuncia in esame: Cass., S.U., 3 maggio 2005, n. 9096; Cass., S.U., 1 marzo 2006, n. 4511; Cass., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806) non si pongono in contrasto con l’orientamento della medesima Cassazione, secondo cui una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede in tutto o in parte il capitale (orientamento costantemente ribadito a partire da Cass., 10 gennaio 1979, n. 58, fino ai giorni nostri: per tutte, viene citata Cass., S.U., 15 aprile 2005, n. 7799);
- il rapporto esistente tra società ed ente pubblico è di assoluta autonomia, poiché l’ente socio può incidere sul funzionamento e sull’attività della società solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti degli organi sociali di sua nomina;
- nell’ordinamento giuridico italiano è tuttora in vigore la disposizione contenuta nell’art. 4 della L. n. 70/1975, che 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;
- deve escludersi che peculiarità tali da giustificare l’equiparazione ad un ente pubblico di una società a partecipazione pubblica possano rinvenirsi sul piano del

soggetto (cioè dell'ente giuridico "società") e del modo in cui sono disciplinati la sua organizzazione, il suo funzionamento e i rapporti, al suo interno, tra i diversi organi: ciò in quanto la volontà negoziale della società a partecipazione pubblica, pur se determinata da atti propedeutici dell'Amministrazione, si forma e si manifesta secondo le regole del diritto privato;

- deve altresì escludersi che peculiarità tali da giustificare l'equiparazione ad un ente pubblico di una società a partecipazione pubblica possano rinvenirsi sul piano dell'attività, cioè dei rapporti che la società, in quanto soggetto riconosciuto dall'ordinamento come dotato di una propria capacità giuridica e di agire, instaura con i terzi: eventuali norme speciali volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al capitale e la designazione degli organi non incidono sul modo in cui essa opera nel mercato, né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contemplate dalla disciplina privatistica;
- l'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non appare sufficiente ad escludere che 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;
- non è condivisibile l'idea secondo cui la verifica dell'applicabilità alle società in mano pubblica di discipline di settore pubblico o privato, in difetto di specifiche disposizioni normative, vada compiuta di volta in volta, a seconda della materia di riferimento ed in vista degli interessi tutelati dal legislatore;
- non è condivisibile l'idea secondo cui le società a partecipazione pubblica che svolgono un pubblico servizio ritenuto essenziale non possono fallire, perché il fallimento pregiudicherebbe l'esecuzione continuativa e regolare del servizio; e ciò sia perché questa visione dovrebbe condurre l'interprete a ritenere che anche le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di servizi pubblici ritenuti essenziali dovrebbero essere esentate dal fallimento; sia perché la necessità del servizio pubblico gestito, di per sé, non osta alla sottoposizione alle procedure previste dalla legge fallimentare, come dimostra la L. n. 166/2008, che prevede la possibilità di sottoporre alla procedura di amministrazione straordinaria le grandi imprese che operano nel settore dei servizi

- pubblici essenziali, da ciò derivando che sarebbe privo di coerenza un sistema che sottraesse dalle procedure concorsuali i gestori di servizi pubblici essenziali che non raggiungano certe soglie dimensionali; d'altra parte, il fallimento della partecipata, ancorché costituita all'unico scopo di gestire il servizio, non preclude l'affidamento della gestione del servizio ad un nuovo soggetto, vigendo nel nostro ordinamento il principio della separazione della titolarità degli impianti e delle reti, necessariamente pubblica, dalla attività di gestione del servizio, affidabile anche a privati, e ciò senza contare che il rischio di interruzione del servizio può essere evitato attraverso il ricorso all'esercizio provvisorio, previsto dall'art. 104 l. fall.;
- la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali (ovverosia la scelta di consentire il perseguimento di interessi pubblici attraverso strumenti privatistici) implica l'assunzione da parte di tali società dei rischi connessi alla loro insolvenza: se così non fosse, risulterebbero violati i principi di uguaglianza, di affidamento e di tutela della concorrenza, in quanto i soggetti terzi che operano nello stesso mercato in cui operano le società a partecipazione pubblica, che utilizzano le stesse forme e le stesse modalità utilizzate da queste ultime e che entrano in rapporto con esse, debbono potersi avvalere di tutti gli strumenti di tutela giurisdizionale previsti dall'ordinamento.

Giunti a questo punto, è interessante soffermarsi su alcune delle motivazioni adottate dai giudici di legittimità a sostegno della propria decisione. Se non si erra, è possibile realizzare una tripartizione ideale degli argomenti impiegati nella sentenza in commento: alcuni paiono destinati a confutare il metodo c.d. "tipologico"; altri, invece, paiono destinati a confutare il metodo c.d. "funzionale"; altri ancora, infine, sembrano enucleare una serie di principi che l'interprete, nell'affrontare il tema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica, non può ignorare.

2.2. La risposta al metodo c.d. “tipologico”.

2.2.1. *L’organismo di diritto pubblico.*

La Corte, in conformità a un indirizzo piuttosto consolidato della giurisprudenza di legittimità, nega “che la società perda la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che un ente pubblico ne detenga la maggioranza delle partecipazioni”⁴⁴².

In senso diametralmente opposto si pongono, invece, quelle opinioni che, al fine di connotare in senso pubblicistico le società partecipate, giungono – come detto in precedenza – a riqualificarle come enti pubblici, ritenendo che la presenza della partecipazione dello Stato o di una pubblica amministrazione al capitale della società privata possa alterarne la struttura e giustificare una deviazione dai comuni principi di diritto societario⁴⁴³.

Tale impostazione sarebbe favorita, tra le altre cose, “dall’improprio utilizzo di nozioni di stampo sostanzialistico di derivazione comunitaria, quale, in particolare, quella di «organismo di diritto pubblico», che, pur rilevando solo sul piano della disciplina in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica, è stata spesso utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa, proprio al fine di riqualificare l’imprenditore commerciale come soggetto di natura pubblica”⁴⁴⁴.

Orbene, nella pronuncia in esame, la Cassazione riconosce che “la sempre più stretta commistione fra la sfera pubblica e quella privata ha [...] condotto all’emanazione di numerose leggi speciali applicabili ad enti, società pubbliche e società formalmente private, accomunati dall’agire in settori di pubblico interesse”, e

⁴⁴² L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 7. Al riguardo, Cass., S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, *cit.* (menzionata anche nella sentenza in esame), afferma che la posizione dell’ente pubblico all’interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza e soltanto in tale veste esso potrà influire sul funzionamento della stessa, avvalendosi non già di poteri pubblicistici, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario; conseguentemente, “la società per azioni non muta la sua natura di soggetto privato solo perché l’ente pubblico ne possiede in tutto o in parte le azioni”. Per ulteriori riferimenti al riguardo, v. *supra*, capitolo I, nota 27.

⁴⁴³ In questi termini, E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 17.

⁴⁴⁴ E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, op. cit., pp. 17-18. Come sottolinea l’Autrice, i primi a riqualificare le società a partecipazione pubblica non sono stati i giudici civili; bensì quelli amministrativi: v., *ex multis*, Cons. Stato, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro amm.*, 2001, II, p. 614 e ss.; Cons. Stato, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro it.*, 2003, III, p. 205 e ss.; Cons. Stato, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro it.*, 2003, III, p. 238 e ss.

cita, a titolo esemplificativo, l'art. 3, co. 26 del d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), che definisce "organismo di diritto pubblico", cui è imposto il rispetto delle norme dettate per gli appalti pubblici, "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale e dotato di personalità giuridica, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". Tuttavia, la stessa Cassazione è perentoria nell'affermare quanto già riportato sopra, ovvero che "è 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, che può ricavarsi *a contrario*, che, ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a soggiacere alla normativa privatistica".

Preso atto di quest'arresto della Cassazione, può essere utile spendere qualche parola in più sull'organismo di diritto pubblico e sulle vicende ad esso legate.

Come noto, la figura giuridica dell'organismo di diritto pubblico fu a suo tempo costruita dalla giurisprudenza comunitaria⁴⁴⁵, e poi recepita nelle direttive comunitarie sugli appalti, per colpire le situazioni di privatizzazione puramente formale di enti tradizionalmente pubblici, che pur conservavano, nella nuova veste giuridica (di solito s.p.a.), le caratteristiche funzionali salienti di cui erano tradizionalmente dotati; in altri termini, fu costruita per evitare che, attraverso privatizzazioni puramente formali, gli Stati membri eludessero le direttive comunitarie sugli obblighi di sottoporre a "gare europee" gli acquisti rilevanti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni⁴⁴⁶. Pertanto, è stato giustamente osservato che "la volontà di sanzionare, in forma specifica, tentativi di sfuggire alla sostanza pubblicistica della persona giuridica pare alla base della scelta, compiuta dal legislatore comunitario, di dare spazio ad una nozione comunitaria sostanzialistica"⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Corte giust. CE, 20 settembre 1988, C-31/87, *Beentjes*.

⁴⁴⁶ Così, M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1201.

⁴⁴⁷ F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, op. cit., p. 283 e ss., che prosegue: "Ciò non deve stupire. È noto come l'assunzione di una prospettiva

La reazione del legislatore comunitario alle frodi perpetrate dagli Stati membri⁴⁴⁸ ha seguito un criterio preciso: l'obbligo di scegliere la controparte contrattuale attraverso il metodo della gara è stato esteso a soggetti che non appartengono alla Pubblica Amministrazione, ma che sono pur sempre legati a questa "da particolari rapporti, che giustificano il dubbio che, nella scelta del contraente, essi possano essere influenzati da considerazioni di carattere extra-economico, delle quali sia portatrice l'amministrazione cui i soggetti anzidetti sono collegati"⁴⁴⁹. L'attrazione nella sfera del diritto pubblico anche di soggetti di diritto privato – per utilizzare il linguaggio dei giudici di legittimità – non è stata, perciò, indiscriminata, anche se, soprattutto nei primi anni di applicazione delle direttive sugli appalti, la Corte di Giustizia "ha accolto una nozione molto ampia di organismo di diritto pubblico"⁴⁵⁰.

sostanzialistica [...] costituisca una delle tecniche più semplici ed immediate di reazione contro operazioni in frode alla legge. La nozione di organismo di diritto pubblico nasce, con tutta probabilità, proprio dall'esigenza di evitare elusioni del (o, se si preferisce, frodi al) diritto comunitario. Infatti, nella formazione del diritto degli appalti, si confrontano un legislatore comunitario ed un legislatore interno. Se la nozione di soggetto pubblico (in genere, presupposto soggettivo della disciplina appalti) fosse lasciata alla esclusiva competenza del legislatore interno, darebbe molto facile, per quest'ultimo, vanificare l'effettività del diritto comunitario. Basterebbe cioè affidare le attività (precedentemente) proprie dell'amministrazione a soggetti, per il diritto interno, privati. Così da ridurre al minimo il numero degli appalti comunitariamente disciplinati. Si capisce allora come il legislatore comunitario possa aver reagito assumendo, nei confronti di quello nazionale, una posizione attenta a sanzionare dei tentativi di eludere le prescrizioni comunitarie, a cui il legislatore e l'amministrazione nazionali sono chiamati a conformarsi. [...] Insomma, come mostra di aver ben colto (con riguardo ad un particolare tentativo di elusione del diritto degli appalti, realizzato attraverso la creazione di una società consortile, a cui affidare il compito di acquistare beni per gli enti locali suoi soci), ad interpretazione della disciplina legislativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie in materia, il Consiglio di Stato nella sua pronuncia 20 dicembre 1996, n. 1577 «non è plausibile che il legislatore abbia consentito agli enti locali di non dare applicazione alla normativa comunitaria ed italiana sugli appalti pubblici di forniture mediante l'istituzione di una società avente (nell'ordinamento italiano) natura privatistica. Come dire: è sì possibile la creazione di società in mano pubblica, anche dando così luogo a fattispecie atipiche di organizzazione, ma ciò, in virtù della nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, non può portare all'elusione della disciplina pubblicistico-comunitaria sugli appalti pubblici».

In senso analogo, F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 170: "La scelta del contraente con il metodo della gara è procedura costosa, anche in termini di tempo; inoltre essa espone l'aggiudicatore a contestazioni riguardo alla correttezza dello svolgimento delle gare, e le contestazioni possono sfociare in contese giudiziarie. L'obbligo della messa in concorrenza è un peso che si vorrebbe evitare; in qualche caso ciò può dar luogo ad operazioni elusive, alle quali l'ordinamento comunitario reagisce con contromisure. In questo quadro si iscrive la creazione della figura dell'organismo di diritto pubblico, soggetto parificato alle amministrazioni pubbliche, sulla base di taluni indici, che sono considerati significativi dal punto di vista degli scopi che l'ordinamento comunitario persegue attraverso le regole per l'aggiudicazione degli appalti pubblici".

⁴⁴⁸ Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 383: "Lo Stato e gli enti territoriali (regioni, enti locali) hanno spesso aggirato la normativa europea concludendo i contratti di appalto a mezzo di soggetti giuridici diversi da sé che ne costituiscono, tuttavia, una *longa manus*: un'azienda di Stato, una società per azioni, un'associazione, etc".

⁴⁴⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 170.

⁴⁵⁰ G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., p. 25, n. 16, il quale aggiunge ciò "ben si comprende, se si considera l'esigenza

In ossequio a quanto detto finora, la recentissima direttiva 2014/24/UE⁴⁵¹, riprendendo un'indicazione che era già contenuta nelle precedenti direttive in tema di appalti, include tra le amministrazioni aggiudicatrici, obbligate all'osservanza della direttiva stessa, oltre allo Stato e agli enti pubblici, anche gli organismi di diritto pubblico, cioè quegli organismi che hanno le seguenti caratteristiche: *i)* “sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”; *ii)* “sono dotati di personalità giuridica”; *iii)* “sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico”⁴⁵².

Di conseguenza, non un soggetto qualsiasi, ma un soggetto che possieda cumulativamente questi tre requisiti⁴⁵³ può essere qualificato come organismo di

prioritaria (coltivata dal Giudice comunitario) di estendere quanto più possibile la disciplina e le garanzie concorsuali degli appalti pubblici comunitari”.

La Corte di Giustizia, infatti, è stata interpellata molte volte dai giudici nazionali i quali, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 267 TFUE (*ex* art. 234 TCE), si sono rivolti ad essa per l'interpretazione delle formule contenute nelle direttive. Come riferito da M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1208, “Le prime sentenze interpretative della Corte di Giustizia, susseguenti alle direttive sugli appalti degli anni '90, affermarono un'interpretazione estensiva delle norme in materia. Questa interpretazione estensiva era, comprensibilmente, spinta dalle preoccupazioni per l'elusione delle norme sull'evidenza pubblica, e perciò sembrata, generalmente, coerente con l'intenzione del legislatore storico”. Particolarmente espressivi di quest'orientamento sono i due *leading cases* del 1998: Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*; Corte giust. CE, 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding BV*.

⁴⁵¹ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 28.3.2014 e consultabile *on-line* sul portale eur-lex.europa.eu.

⁴⁵² Così recita l'art. 2, co. 1, num. 4 della direttiva n. 24 del 2014. La disposizione è di fatto identica a quella contenuta nell'art. 1, co. 9 della direttiva n. 18 del 2004; art. 1, co. 9 dal quale origina l'art. 3, co. 26 del Codice degli appalti italiano (d.lgs. n. 163/2006), citato dalla Cassazione nella pronuncia in esame.

⁴⁵³ Per un'analisi di tali requisiti, basata sulle indicazioni fornite nel corso degli anni da Corte di Giustizia, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 172 e ss.; M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1211 e ss.; F. CINTIOLI, “Di interesse generale e non aventi carattere industriale o commerciale”: il bisogno o l'attività? (*Brevi note sull'organismo di diritto pubblico*), in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. SANDULLI, 2004, p. 82 e ss. In precedenza, per una ricostruzione degli indirizzi della giurisprudenza comunitaria, si segnalano i seguenti contributi: E. CHITI, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 414 e ss.; D. MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di “organismo di diritto pubblico”*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 585 e ss.; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'“organismo di diritto pubblico” alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV, p. 140 e ss.; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e del giudice nazionale a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, p. 133 e ss.

diritto pubblico e, come tale, “equiparato alle amministrazioni pubbliche ai fini dell’applicazione delle speciali regole per la scelta del contraente”⁴⁵⁴. Tuttavia – è bene sottolinearlo – non si tratta di una nuova categoria di enti “ma di una qualificazione aggiuntiva di enti che hanno già una loro fisionomia (come associazioni, fondazioni, società, aziende, agenzie, etc.)”⁴⁵⁵. La direttiva, dunque, non estende l’area pubblica, né crea le premesse per una sua estensione; essa – perseguendo l’obiettivo di assicurare una piena concorrenza negli appalti pubblici – include fra i suoi destinatari soggetti che, in concreto, intrattengono rapporti particolarmente stretti con le amministrazioni pubbliche obbligate⁴⁵⁶.

Fin qui, nessun problema. Scopo della disciplina appena illustrata “è quello di impedire allo Stato e agli enti pubblici di sottrarsi ai vincoli della direttiva, stabiliti per attivare la concorrenza in un settore che per tradizione ad essa era chiuso, mediante l’interposizione di soggetti che per il fatto di essere distinti, e soprattutto di avere natura privata, sarebbero rimasti all’esterno dell’area delle amministrazioni obbligate”⁴⁵⁷. Un solo accorgimento si rende necessario: la nozione di organismo di diritto pubblico va adoperata solo ed esclusivamente in tema di appalti, per perseguire il suddetto scopo anti-elusivo⁴⁵⁸.

Le perplessità nascono nel momento in cui si passa ad analizzare l’applicazione delle norme sull’organismo di diritto pubblico fatta dai giudici nazionali: “una valutazione complessiva della giurisprudenza italiana in argomento consente di affermare che l’orientamento prevalente è andato oltre le indicazioni della

Si noti che il principio secondo cui le tre condizioni richieste devono sussistere congiuntamente perché la struttura possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico, discende proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire da due *leading cases* precedentemente menzionati.

⁴⁵⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, op. cit., p. 171.

⁴⁵⁵ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 384.

⁴⁵⁶ Per simili considerazioni, v. di nuovo G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 384.

⁴⁵⁷ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 384. Lo ricorda anche M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d’impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1204, secondo il quale “si potrebbe dire che la figura dell’o.d.p. è sorta, storicamente, per coprire le situazioni caratterizzate da privatizzazioni formali senza liberalizzazioni dei relativi mercati”.

⁴⁵⁸ A riguardo, chiarissime sono le parole di F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, op. cit., p. 286: “Se tale ricostruzione non è priva di ogni pregio, ne consegue però che l’utilizzo delle nozioni comunitarie in questione [l’Autore sta conducendo un discorso che riguarda, in contemporanea, le nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica, ndr] dovrà risultare, necessariamente, limitato alle sole materie di rilevanza comunitaria. Ossia, esclusivamente, in quelle in cui ha senso sanzionare elusioni – anche legislative – del diritto comunitario”.

giurisprudenza comunitaria, già a loro volta – come si è visto – frutto di un'interpretazione estensiva delle norme. È stata poi giustamente criticata una tendenza della giurisprudenza italiana ad attribuire alla nozione di o.d.p. un significato pregnante, sì da farne uno strumento di estensione generale della disciplina pubblicistica [...] anziché – come dev'essere, a termini di diritto positivo – una figura esclusivamente rilevante ai fini dell'applicazione della normativa sugli appalti pubblici⁴⁵⁹. Più che il primo, è il secondo aspetto a meritare attenzione in questa sede⁴⁶⁰.

Per spiegarmi meglio, riporto un passo di Giulio Napolitano, in cui l'Autore si esprime in questi termini: “le trasformazioni organizzative in atto [nel sistema amministrativo italiano, *ndr*] [...] nel moltiplicare i casi di ricorso agli istituti tradizionalmente propri dell'iniziativa privata, rendono difficile postulare rapporti di corrispondenza biunivoca tra ente pubblico e ambito di applicazione soggettiva del regime amministrativo. Ciò nonostante, di fronte a questa evoluzione dell'ordinamento, si preferisce ricorrere a semplificazioni concettuali e forzare l'articolazione delle figure soggettive contemplate dal diritto vigente, piuttosto che procedere alla scomposizione delle varie discipline. Molto diffusa, in proposito, è l'adozione di una nozione ‘sostanzialista’ di amministrazione ente-pubblico: il problema del *quantum* e del *quomodo* di applicazione di determinate norme è convertito in quello dell'attribuzione di tale qualità. Un sostegno a questa impostazione deriva dal fraintendimento della nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico.

⁴⁵⁹ M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1223. Una rassegna di giurisprudenza italiana, da cui emerge l'applicazione estensiva delle norme sull'o.d.p., è effettuata dallo stesso A. a p. 1217 e ss.

⁴⁶⁰ Per una critica alle letture estensive della nozione di o.d.p. date dai giudici italiani, v. sempre M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1223 e ss., secondo cui non ci si può rassegnare a considerare quella in esame “una nozione dai contorni indeterminati, che spetta alla giurisprudenza chiarire caso per caso”: al contrario, occorre evidenziare che “l'applicazione estensiva della nozione di o.d.p., da parte della giurisprudenza italiana, si fonda due preconcetti impliciti, e ugualmente critica”. Il primo è quello secondo cui “l'applicazione il più ampia possibile della disciplina dell'evidenza pubblica assicurerebbe il massimo della concorrenza fra le imprese operanti nei mercati di riferimento”; il secondo, “che esiste anche nella giurisprudenza comunitaria ma viene accentuato da quella interna”, sta “nel ricostruire la nozione di «esigenze di natura non industriale o commerciale», dando peso decisivo alla qualificazione del bisogno finale, soddisfatto dal bene o servizio prodotto dall'ente di cui si tratta, più che alle condizioni economiche oggettive del mercato in cui tale ente opera”. Tali considerazioni portano l'A. a concludere nel seguente modo: “Credo dunque che i tempi siano maturi per rivedere in senso restrittivo le soluzioni oggi correnti. [...] La figura dell'o.d.p. dovrebbe essere riportata alla sua *ratio* originaria, sì da coprire solo situazioni di privatizzazione formale di imprese pubbliche, quando queste continuano ad essere incaricate di svolgere funzioni fuori mercato”.

Una parte della scienza giuridica e della giurisprudenza, infatti [...] affronta anche tale questione in termini ‘essenzialisti’: si chiede, cioè, se un dato soggetto è o non è un organismo di diritto pubblico e magari traccia su questa nuova frontiera una diversa linea di confine tra ente pubblico e privato⁴⁶¹.

La situazione descritta è chiara: mentre la Corte di Giustizia interpreta la nozione alla luce degli obiettivi perseguiti dalla disciplina degli appalti, i giudici nazionali finiscono a volte per utilizzarla al di fuori di tale ambito, per dimostrare la pubblicità sostanziale di un dato soggetto.

Ebbene, come abbiamo già avuto modo di accennare, tra i principali sostenitori di tale orientamento figura il giudice amministrativo⁴⁶²: “l’orientamento censurato è particolarmente diffuso e assume ormai caratteri generali nel modo di ragionare del giudice amministrativo. Questi, chiamato a pronunciarsi sull’ambito di applicazione di singole discipline, invece di verificare in concreto il ricorrere delle relative condizioni, si impegna in una complessiva ‘riqualificazione’ pubblica dei soggetti interessati⁴⁶³. Un’immagine suggestiva può fungere da sintesi: “Il grimaldello

⁴⁶¹ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., pp. 171-172.

⁴⁶² Peraltro, una tendenza analoga a quella descritta nel testo era emersa nella giurisprudenza amministrativa alla fine degli anni Trenta del ventesimo secolo, una volta apparse nel nostro ordinamento le prime figure di società per azioni in mano pubblica, come l’Agip e la Banca d’Italia. Il Consiglio di Stato, infatti, già aveva tentato di imporre l’idea della società di capitali-ente pubblico: si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, *cit.* (con l’appoggio di parte della dottrina, come ad es. R. RAVA’, *L’azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 340, secondo cui la società in mano pubblica rappresentava “un travestimento in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica”). Questa tendenza, tuttavia, era stata prontamente ‘repressa’ dai giudici di legittimità, che, con la sentenza Cass., S.U., 7 marzo 1940, n. 18, avevano affermato che “il così detto «azionariato» di Stato non è il segno infallibile che ogni ente al quale partecipa lo Stato come azionista è soggetto di diritto pubblico. La regola generale è in senso opposto”.

⁴⁶³ Il passo citato appartiene, ancora una volta, a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 173 e ss., il quale prosegue osservando che il giudice amministrativo “muove dalla considerazione che la semplice veste formale di associazione, fondazione o società per azioni sia di per sé insufficiente a determinare la natura giuridica”; di conseguenza, “la questione si sposta [...] sulla verifica in concreto dei criteri, in base ai quali individuare la natura pubblica dei soggetti. Decisivo, in proposito, è il riscontro di una «disciplina derogatoria rispetto a quella codicistica e sintomatica della strumentalità rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche». Questa ricorre, innanzi tutto, quando la costituzione avvenga non per un atto di autonomia o per effetto di un contratto, ma con intervento legislativo ed in assenza di una pluralità di associati o di soci. Particolare rilievo è assegnato anche al fatto che, nel caso delle società, l’azionista pubblico non esercita i propri diritti autonomamente, ma secondo le direttive e le indicazioni di autorità di governo estranee alla compagine sociale. L’amministrazione, infine, indirizza con strumenti vari l’attività in vista di obiettivi che trascendono l’intento lucrativo. In conclusione, le «importanti deroghe» rispetto al regime civilistico tipico, la «consistente alterazione dei normali meccanismi di funzionamento» e la «compressione [...] dell’autonomia funzionale degli organi» costituiscono dati normativi decisivi per affermare la natura pubblica di figure soggettive pur ordinate in forme tipicamente civili e commerciali”. Com’è possibile notare da queste affermazioni, il discorso riguardante l’o.d.p. è collegato a quello riguardante i c.d. indici sintomatici della pubblicità, sui quali ci si soffermerà più avanti nel corso del capitolo.

utilizzato dal giudice amministrativo al fine di attribuire natura pubblicistica a soggetti che per definizioni pubblici non sono, è l'utilizzo della nozione di organismo di diritto pubblico introdotta nel nostro ordinamento con il recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, nozione cui si rifà tutta la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴⁶⁴.

Tra i soggetti che per definizione pubblici non sono rientrano anche le società a partecipazione pubblica, oggetto della nostra trattazione. In presenza dei requisiti richiesti, esse possono essere pacificamente qualificate come o.d.p., ai fini dell'applicazione della normativa europea e nazionale sugli appalti⁴⁶⁵; ciò che, al contrario, non è possibile fare, è inferire la pubblicità delle società partecipate dalla loro qualificazione in termini di o.d.p.⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, 2004, p. 8.

⁴⁶⁵ Lo dimostrano numerosissime sentenze, in cui la qualifica di o.d.p. è stata attribuita a: *i*) società in mano pubblica concessionarie di pubblici servizi di dimensione nazionale (un gruppo di sentenze, in tal senso, riguarda la Rai: v. Cass., S.U., 23 aprile 2008, n. 10443, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1778; Tar Lazio, sez. III *ter*, 9 giugno 2004, n. 5460, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1112; Tar Lombardia – Milano, 22 maggio 2002, n. 2143, in *Foro amm. – TAR*, 2002, p. 1533) o locale (v., *ex multis*, Tar Puglia – Bari, sez. I, 12 giugno 2008, n. 1480, in www.dirittodeiservizipubblici.it, riguardante una società in mano pubblica concessionaria del servizio di distribuzione di gas naturale); *ii*) società fornitrici di servizi *in house* alla pubblica amministrazione (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Urb. app.*, 2007, p. 587, riguardante alcune società di servizi risultanti dalla trasformazione di precedenti aziende autonome del Comune di Genova); *iii*) società pubbliche svolgenti funzione di finanziarie di sviluppo, e quindi finalizzate ad investire per la costituzione, ristrutturazione o promozione di imprese (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192, in *Giur. it.*, 2001, p. 265, riguardante Società per l'imprenditoria giovanile, appartenente al gruppo Sviluppo Italia S.p.A.; da segnalare il fatto che, nella motivazione, la qualifica di o.d.p. viene attribuita anche all'intero gruppo); *iv*) una società in mano pubblica incaricata dell'attuazione del programma di risanamento ambientale di un sito contaminato (Tar. Lombardia – Milano, sez. III, 20 agosto 1998, n. 1955, in *Foro amm.*, 1999, p. 1832, Bagnoli S.p.A.); *v*) numerose imprese concessionarie di costruzione e gestione di infrastrutture, in proprietà pubblica totale o prevalente (v., *ex multis*, Cass., S.U., 7 ottobre 2008, n. 24722, in www.lexitalia.it, riguardante Viareggio Porto S.p.A., società incaricata dello svolgimento di servizi pubblici portuali, ma anche di attività connesse di carattere imprenditoriale; Cons. Stato, sez. IV, 1 ottobre 2007, n. 5301, in www.dirittodeiservizipubblici.it, Acquedotto Pugliese S.p.A.; Tar Veneto – Venezia, sez. I, 26 marzo 2007, n. 1029, in www.dirittodeiservizipubblici.it, riguardante la società di gestione dell'aeroporto di Venezia).

⁴⁶⁶ Cosa che, invece, si è puntualmente verificata, come evidenzia M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, op. cit., p. 513: “quando si tratta di società a partecipazione pubblica, il giudice amministrativo, accompagnato dall'intraprendente giudice contabile, si fa curiosamente più ardito, e si mostra meno vincolato alla volontà del legislatore europeo e nazionale. Così, ritiene di poter affermare che in un'interpretazione evolutiva della nozione di pubblica amministrazione, sono da considerare enti pubblici non solo i soggetti che sono organizzati ed operano secondo moduli di tipo autoritativo tradizionali, ma anche le società che pongono in essere attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenuti ad operare come pubbliche amministrazioni”.

Il riferimento dell'A. è, in particolare, a Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830, in *Riv. amm. app.*, 2005, p. 342 e ss., la cui esposizione del fatto recita così: “Con ricorso [...] la società Olidata s.p.a., quale mandataria di un costituendo raggruppamento di imprese, impugnava al Tribunale

Alle soluzioni prospettate dai giudici amministrativi⁴⁶⁷, i quali attuano una vera e propria “ripubblicizzazione di quanto il legislatore aveva inteso trasformare in privato”⁴⁶⁸, si può controbattere ricordando che la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico serve soltanto a determinare i soggetti tenuti ad applicare una certa normativa; non ad individuare una nuova natura giuridica di cui si possa predicare l’attribuzione addirittura come termine d’identificazione⁴⁶⁹.

amministrativo regionale per l'Emilia Romagna l'atto [...] con il quale era stata disposta la sua esclusione dalla gara bandita da TSF-Tele Sistemi Ferroviari s.p.a., quale mandataria e procuratrice della Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., per l'aggiudicazione di una fornitura di prodotti informatici. Costitutosi in giudizio, l'ente appaltante, con ricorso [...], eccepiva l'incompetenza territoriale del giudice adito e proponeva istanza per regolamento di competenza per essere, invece, competente il Tribunale amministrativo regionale del Lazio”. A fronte di una situazione simile, questa la decisione dei giudici di Palazzo Spada: “La proposta istanza per regolamento di competenza è fondata e va accolta. Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 1034/1971, per gli atti emessi dagli organi centrali dello Stato e degli enti pubblici a carattere ultraregionale, la competenza territoriale spetta al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. Nel caso di specie, è stato impugnato l'atto di esclusione di un costituendo raggruppamento di imprese avente sede a Roma da una gara di appalto di forniture bandito da una società per azioni avente natura di organismo di diritto pubblico ed operante in ambito esteso a tutto il territorio nazionale. Si tratta allora di stabilire se tali tipi di enti, cui l'ordinamento ha imposto, in materia di pubblici appalti, il rispetto della normativa sull'evidenza possano o meno farsi rientrare nella nozione di ente pubblico cui si riferisce l'indicato art. 3 della legge n. 1034/1971. Al quesito la Sezione ritiene di dover dare risposta affermativa nella considerazione dell'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione, attualmente riferita, nell'ordinamento dei pubblici appalti e per armonizzazione con l'ordinamento comunitario, non al regime giuridico formale cui gli enti sottostanno, quanto piuttosto ai dati sostanziali che ne caratterizzano la struttura, l'attività e la funzione. Sicché, in un'interpretazione evolutiva della nozione di pubblica amministrazione di cui all'art. 3 della legge 1034/1971, sono da considerare enti pubblici non solo i soggetti che sono organizzati ed operano secondo moduli di tipo autoritativo tradizionali, ma anche quelli – come è per il TSF – che pongono in essere attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenuti ad operare come pubbliche amministrazioni nel rispetto della disciplina sull'evidenza pubblica”.

Il Consiglio di Stato, dunque, giunge non alla mera affermazione dell’applicazione delle norme sull’evidenza pubblica alle società partecipate dalle amministrazioni (come invece dovrebbe fare), ma all’affermazione della natura pubblica delle stesse. Icastica, a questo punto, la conclusione di Dugato: “il giudice, dunque, di fronte alla chiara volontà del legislatore di sostituire il modello dell’ente pubblico economico con lo strumento privato della società di capitali, ha ritenuto di non essere vincolato da quell’espressione normativa e di essere legittimato a compiere il percorso inverso. Se il legislatore ha voluto la società al posto dell’ente pubblico, il giudice amministrativo [...] ha voluto l’ente pubblico al posto della società. Dalla societizzazione dell’organizzazione pubblica all’entificazione delle società private, dunque”. In senso analogo, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 176: “Di fronte alla denunciata crisi della dicotomia pubblico-privato, il giudice amministrativo si limita a tracciare nuovi confini, avanzandoli in favore del primo termine”.

⁴⁶⁷ Molte delle sentenze in cui il giudice amministrativo, partendo dalla nozione di o.d.p., giunge alla riqualficazione in termini pubblicistici delle società a partecipazione pubblica, sono già state citate. Si può segnalare, in aggiunta, Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2855, in www.dirittodeiservizipubblici.it, che, in occasione di una controversia in materia di accesso, oltre ad affermare la natura pubblica di Poste Italiane S.p.A., si preoccupa di chiarire che tale società è altresì organismo di diritto pubblico: come se questa fosse una natura giuridica, e non una nozione funzionale all’applicazione delle norme in materia di appalti.

⁴⁶⁸ A. NIUTTA-A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 490.

⁴⁶⁹ In questi termini, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 173. Si confronti anche R. VILLATA, *Pubblici servizi*, 2003, p. 186, ove si nota criticamente che il

Il carattere settoriale della nozione di organismo di diritto pubblico emerge in modo chiaro dal Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) che, appunto, all'art. 3, co. 26 specifica come tale definizione valga solo "ai fini del codice". Analoga considerazione vale ovviamente anche per la direttiva 24/2014/UE, al cui art. 2, co.1 compare una formula praticamente identica ("ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni").

Compiuta questa fondamentale osservazione, non resta molto da dire, se non questo: che "impropria, invece, risulterebbe l'utilizzazione della nozione di organismo di diritto pubblico [...] per imporre l'applicazione di prescrizioni legislative di fonte puramente interna, quando l'applicazione di esse sia esclusa dal legislatore nazionale"; infatti, "il legislatore ha evidentemente il potere, in mancanza di vincoli comunitari o costituzionali, di disciplinare come meglio crede istituti interni, quali le società in mano pubblica, senza essere obbligato a dare conto di alcun preteso dato sostanziale, asseritamente nascosto sotto lo schermo della personalità giuridica privatistica"⁴⁷⁰.

Allora, nulla di più appropriato delle parole di Francesco Goisis: "una tale utilizzazione delle nozioni sostanzialistiche comunitarie risulterebbe, in sintesi, da un lato in contrasto con il principio di specialità e limitata competenza del diritto comunitario, chiamato a disciplinare alcune importanti materie, ma non certo tutte; dall'altro lesivo del rango legislativo della personalità giuridica societaria, nonché delle eventuali scelte organizzatorie del legislatore amministrativo (che ne prevedano, nel rispetto della disciplina comune, l'uso)"⁴⁷¹.

Chiarissima al riguardo è la Corte di Cassazione, 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 pubblica⁴⁷². Ed ora anche la giurisprudenza amministrativa sembra riconoscere che la

Consiglio di Stato "talvolta sembra trascurare la circostanza che siffatta nozione [quella di organismo di diritto pubblico, ndr] è strettamente funzionale all'applicazione della normativa comunitaria sugli appalti e, ove sotto soglia, di quella relativa ai lavori pubblici".

⁴⁷⁰ Così, F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, op. cit., pp. 286-287.

⁴⁷¹ F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, op. cit., p. 287.

⁴⁷² Il riferimento è a Cass., S.U., 9 marzo 2012, n. 3692, in www.dejure.it. Si veda anche Corte di Giustizia UE, grande sezione, 24 gennaio 2012, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 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.

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 viceversa⁴⁷³.

In conclusione, sono proprio le disposizioni legislative di carattere settoriale – quale la nozione di organismo di diritto pubblico, nei termini suindicati – a costituire la migliore dimostrazione dell'esigenza e dell'intento del legislatore di attrarre solo a determinati effetti nella sfera del diritto pubblico soggetti che generalmente orbitano e che sono dunque destinati, per il resto, a rimanere nella sfera del diritto privato. Questa è la conclusione cui ora perviene pure la Cassazione, con la sentenza 27 settembre 2013, n. 22209⁴⁷⁴.

2.2.2. *La teoria degli indici sintomatici della pubblicità (in breve).*

Quanto detto nel paragrafo precedente trova conferma nelle parole di un recentissimo studio sul tema, condotto da Francesco Fimmano: “il sistema delineato, in cui il soggetto giuridico e la sua organizzazione sono disciplinati dalle regole civilistiche e la relativa attività può essere disciplinata da regole giuspubblicistiche, in sé abbastanza chiaro, è stato «confuso» dalla sovrapposizione di norme e definizioni aventi ad oggetto l'attività e dalla conseguente giurisprudenza amministrativa, a principi e norme di diritto civile e fallimentare. L'esempio più eclatante è stato l'uso improprio (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 prevista dalla normativa statale o regionale.

⁴⁷³ In questi termini, F. FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, op. cit., pp. 19-20. Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2013, n. 66, in *Foro amm. CDS*, 2013, p. 180, secondo cui la nozione di organismo di organismo di diritto pubblico di matrice comunitaria, recepita nel nostro ordinamento con l'art. 3, co. 26 del d.lgs. n. 163/2006, prescinde dal formale collocamento nel novero delle persone giuridiche pubbliche o private e, in ogni caso, tale qualificazione non determina di per sé l'esonero dal rispetto delle regole civilistiche se tale soggetto abbia agito come operatore economico. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 1637.

⁴⁷⁴ Cfr. F. FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, op. cit., p. 21.

Insomma 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 attività⁴⁷⁵.

Queste parole, tuttavia, non rappresentano soltanto una perfetta sintesi delle pagine che precedono, ma contengono uno spunto per affrontare un ulteriore e diverso argomento, anch'esso toccato dalla Cassazione nella sentenza di cui ci stiamo occupando. A un certo punto, i giudici di legittimità osservano che la tesi secondo cui «vi sono società partecipate aventi sostanziale natura giuridica pubblica, desumibile in via interpretativa da taluni indici [...] le quali vanno equiparate ad ogni effetto (e dunque anche ai fini della loro esenzione dal fallimento) agli enti pubblici», oltre a mal conciliarsi con «la perdurante vigenza del principio generale stabilito dall'art. 4 della l. n. 70/75», non può essere condivisa nemmeno «alla luce di un'analisi del fenomeno societario nelle diverse fasi che lo caratterizzano». Nelle righe successive, quest'ultima affermazione viene sviluppata dalla Suprema Corte, punto per punto.

Innanzitutto, «va escluso che peculiarità, tali da giustificare l'equiparazione ad un ente pubblico di società a partecipazione pubblica, si rinvenivano sul piano del soggetto, ossia dell'ente giuridico «società», e del modo in cui sono disciplinati la sua organizzazione ed il suo funzionamento, e i rapporti esistenti, al suo interno, fra i diversi organi che vi operano. E ciò vale anche nel caso in cui norme legislative o statutarie pongano limiti alla autonomia degli organi deliberativi, posto che la volontà negoziale della società pubblica, pur se determinata da atti propedeutici dell'amministrazione, si forma e si manifesta secondo le regole del diritto privato». In secondo luogo, prosegue la Corte, «ad analoga conclusione deve giungersi avuto riguardo al piano dell'attività, cioè dei rapporti che la società, in quanto soggetto riconosciuto dall'ordinamento come dotato di una propria capacità giuridica e di agire, instaura con i terzi. Eventuali norme speciali che siano volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non incidono, infatti, sul modo in cui essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni della tutela dell'affidamento dei terzi contraenti

⁴⁷⁵ F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., pp. 23-24.

contemplate dalla disciplina privatistica”. Infine, per quanto riguarda “il piano della funzione, ossia dello scopo per il cui perseguimento la società è costituita ed agisce”, se da un lato è pur vero che “non è sempre dato ravvisare quell’attività economica a scopo di lucro che l’art. 2247 c.c. tuttora indica come elemento caratteristico di ogni società di capitali”, dall’altro, osservano i giudici di legittimità, “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”.

Ecco, allora, il punto di confluenza tra le osservazioni della Cassazione e le parole di Fimmanò: entrambi ribadiscono che la società a partecipazione pubblica è, in assenza di previsioni specifiche che depongano in senso contrario, disciplinata dalle regole civilistiche; può accadere, per alcuni aspetti (attività svolta, funzione), che la legge preveda deviazioni dal diritto comune, ma ciò non conduce alla disapplicazione della restante disciplina contenuta nel c.c., e tantomeno a dubitare della natura della società di cui sia socio un ente pubblico⁴⁷⁶.

Di tutte queste considerazioni non si sono curati, come abbiamo visto, i giudici amministrativi, che hanno spesso riqualficato le società muovendo dalla nozione di “organismo di diritto pubblico”⁴⁷⁷. Tuttavia, la nozione di cui all’art. 3, co. 26 del

⁴⁷⁶ Per quanto riguarda l’aspetto dell’attività svolta dalla società, l’Autore ne parla a p. 19 e ss.; per quanto riguarda, invece, l’aspetto dello scopo di lucro, il riferimento è a p. 17 e ss. (ove egli, peraltro, mostra di non condividere la c.d. teoria del tramonto della causa lucrativa nelle società di capitali). Sul tema dello scopo di lucro, la Cassazione riconosce che alcune società pubbliche, in particolare quelle affidatarie di pubblici servizi, operano in modo particolare: infatti, non è possibile, secondo la Corte, “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”. L’esempio portato a sostegno di tale affermazione è, nella sentenza in esame, quello delle società sportive di cui alla l. n. 91/81. In tema, si consideri anche l’art. 90, co. 17 della l. n. 289/2002, in cui si legge che “le società [...] sportive dilettantistiche [...] possono assumere una delle seguenti forme: [...] società sportiva di capitali costituita secondo le disposizioni vigenti, ad eccezione di quelle che prevedono la finalità di lucro”. Secondo F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 56, l’ultima norma citata costituisce una prova del fatto che la lucratività non è venuta meno: “evidentemente, dunque, lo scopo di lucro è generalmente previsto nelle società di capitali, quale necessario elemento tipizzante, salvo chiare deroghe di rango necessariamente legislativo”.

⁴⁷⁷ Ad onor del vero, anche un buon numero di studiosi è favorevole alla riqualficazione in parola. Eccone alcuni: G. ROSSI, da ultimo in *Gli enti pubblici in forma societaria*, op. cit., p. 221 e ss.; 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 statali*, op. cit., p. 101 e ss.; G. GRÜNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, p. 701 e ss.

Codice degli appalti (e all'art. 2, co. 1 della nuova direttiva adottata dall'Unione) non è stato altro che il punto di partenza – il “grimaldello” –, cui si sono aggiunti, in seguito, nuovi elementi a suffragio: “il procedimento logico seguito [...] ricalca quello generale e d'impostazione classica volto all'individuazione della natura pubblica delle persone giuridiche e si fonda sull'individuazione della presenza di indici di riconoscibilità della natura pubblica degli enti, sistemati nella celebre elaborazione di Aldo M. Sandulli”; di conseguenza, “l'interprete contemporaneo, [...] facendo riferimento ad essi, dovrebbe verificare la sussistenza, in capo alla società, di un controllo funzionale esercitato da un ente pubblico, la preponderanza del finanziamento pubblico, la sussistenza di una finalità pubblica come oggetto sociale, l'operare secondo un'ottica differente da quella delle imprese commerciali, la sussistenza di poteri amministrativi di qualche sorta” e, “in presenza di una molteplicità di detti indici, egli deve concludere per la natura pubblica dell'ente, non curandosi della forma giuridica con cui si presenta”⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, op. cit., p. 511 e ss, il quale tiene a precisare che il procedimento logico seguito dai giudici amministrativi (e da parte della dottrina) “continua a non apparirmi convincente”. Nel corso degli anni, l'elenco degli indici si è progressivamente esteso (e arricchito di specificazioni), come riportato, tra gli altri, da F. FIMMANO', *Il fallimento delle “società pubbliche”*, op. cit., p. 19, nota 42.

Orbene, l'operazione ermeneutica basata sugli indici rivelatori⁴⁷⁹ – di là dalla proficuità che un suo utilizzo può avere (o, viceversa, non avere) oggi⁴⁸⁰ –

⁴⁷⁹ Come posto in luce da Dugato, il riferimento è ad A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, I, p. 192 e ss., secondo cui “oggi più che mai, l'elemento al quale occorre rifarsi per stabilire, nei casi dubbi (e ciò nei casi in cui un ente non sia definito pubblico, direttamente o indirettamente, dalle leggi), se si sia in presenza di un ente pubblico, non può esser cercato tanto negli interessi (generalmente collettivi, ma non sempre propri dello Stato o prossimi a quelli dello Stato) che l'ente persegue, quanto nel regime (trattamento) che ai singoli enti faccia il diritto positivo (e cioè nell'aspetto formale). Ogni illazione, che per definire il carattere pubblico di un ente giuridico volesse invece trarsi dagli scopi istituzionali non può non riuscire, per sé sola, fallace, almeno in buona parte dei casi. Ciò che occorre determinare col massimo rigore è unicamente se l'ente del quale si tratti sia collocato dall'ordinamento in una posizione giuridica particolare, differenziata da quella propria dei soggetti di diritto comune (e cioè dei soggetti privati), o, meglio (più specificamente), se l'ente sia assoggettato a un regime giuridico il quale gli conferisca (sia pure per una parte ristretta della sua attività) poteri e prerogative di diritto pubblico, che in qualche modo lo assimilino o lo avvicinino (sia pure eventualmente solo sotto un profilo parziale) a quelli degli enti che sicuramente hanno natura pubblica, facendone perciò un «pubblico potere». Di conseguenza, nell'opinione dell'Autore “non basta la prossimità o addirittura l'identità degli interessi di un ente con interessi dello Stato (o di un'altra pubblica Amministrazione) a far considerare quell'ente come pubblico. Infatti i fini delle pubbliche Amministrazioni non sono sempre fini propri ed esclusive di esse, di tal che fini dello stesso genere non possano esser suscettibili di interessare, in modo affatto autonomo, altri soggetti. Ecco perché frequentemente accade che l'ordinamento non differenzia dai rimanenti soggetti privati alcuni soggetti (p. es. enti privati di istruzione o di assistenza) che perseguono finalità cui lo Stato o altre pubbliche Amministrazioni prendono così vivo interesse da perseguirle anch'essi direttamente e da inquadrare nella propria organizzazione altri enti che le perseguono. Allo stesso modo, e per converso, nel nostro tempo è sempre più frequente il caso della partecipazione, vuoi diretta, vuoi indiretta, da parte dello Stato e di altri enti pubblici, in concorrenza coi privati, ad attività (come quelle produttive e di scambio) tradizionalmente considerate proprie dei privati (si pensi, p. es., alla gestione da parte delle Regioni delle loro foreste demaniali; all'ENEL, all'ENI, agli enti autonomi di gestione delle partecipazioni statali e regionali nei vari settori economici; ecc.). Anzi non manca chi ammette la possibilità di enti pubblici esplicanti attività economiche in veste di società commerciali. Il momento di individuazione della categoria degli enti pubblici va perciò cercato in elementi estrinseci e formali: e precisamente proprio nel regime giuridico e nell'inserimento istituzionale degli enti stessi nell'organizzazione amministrativa pubblica. Tale inserimento ha carattere multiforme. Onde si parla di atipicità degli enti pubblici e della loro capacità giuridica”. Fatte queste premesse, l'Autore prosegue la sua trattazione indicando ed analizzando, uno ad uno, gli “indici di riconoscimento” degli enti pubblici.

⁴⁸⁰ Non bisogna dimenticare, infatti, che l'elaborazione di Sandulli risale a un periodo in cui, pur figurando nel nostro ordinamento società a partecipazione pubblica, il sistema amministrativo italiano era, nel complesso, molto diverso da quello attuale. In particolare, egli scrive in anni che precedono (seppur di poco) quelli del grande processo di privatizzazione che ha investito l'apparato pubblico del nostro Paese (processo avviato, come noto, nei primi anni '90). In ogni caso, per fare un esempio, M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, op. cit., p. 512, seppur con alcune riserve, si esprime in termini positivi al riguardo: “l'operazione ermeneutica basata sugli indici rivelatori conserva modernità ed utilità. Di fronte ad una dubbia natura, gli indici tradizionali ed il modo di utilizzarli sono senz'altro ancora oggi il migliore degli strumenti possibili. Tuttavia, nell'utilizzare la sistematica sandulliana sono necessarie due cautele”.

Apertamente critica nei confronti del metodo in esame, invece, E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., pp. 6-7, secondo la soluzione proposta finisce per “determinare un'inversione logica tra presupposti e conseguenze giuridiche, posto che la produzione di determinati effetti è, come noto, conseguente alla qualificazione di una data figura come pubblica o privata e non viceversa”. Nello stesso, G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, op. cit., p. 43 e ss., il quale, oltre a bollare come “inammissibile” la suddetta “inversione logica”, conclude affermando che “l'approccio in esame [...] è destinato a rimanere eccessivamente empirico”; nonché G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, 1992, p. 262 e ss.

richiede all'interprete di prestare attenzione a due profili: il primo, di carattere propriamente (e strettamente) metodologico; il secondo, che si può definire (seppur con un certo grado di approssimazione) "ambientale".

Innanzitutto, non si può scordare che lo stesso Sandulli riteneva di applicare il procedimento della definizione per indici ai soli casi dubbi, vale a dire nei casi in cui la forma giuridica adottata potesse interpretarsi come compatibile tanto con la natura privata dell'ente, quanto con quella pubblica (si trattava perlopiù di forme associative e consortili comuni tanto all'organizzazione pubblica, quanto all'organizzazione dei soggetti privati); viceversa, si doveva procedere con grande cautela laddove la forma richiamasse espressamente la scelta per uno dei due ambiti. Egli, inoltre, rammentava quanto fosse rischioso fidarsi della contemporanea presenza di alcuni solo degli indici, raccomandando di propendere per la qualificazione pubblica soltanto in presenza di tutti o di gran parte di essi. Infine, nel rigoroso rispetto del principio della supremazia della legge, egli affermava che gli indici nulla potevano di fronte alla volontà di quest'ultima: nel momento in cui il legislatore espressamente mostrava di volere la natura privata dell'ente, l'interpretazione non aveva alcuno spazio⁴⁸¹.

Con riguardo al secondo profilo, l'interprete non può ignorare che alcuni degli indici di pubblicità sono diventati, con l'affermarsi di alcuni principi e istituti comunitari, meno certi: "è così per la prevalenza del finanziamento pubblico o per l'ottica non commerciale dell'attività svolta che, come noto, sono oggi caratteri propri anche degli organismi di diritto pubblico, i quali sono per loro stessa ontologia soggetti privati"⁴⁸². Diventa chiaro, a questo punto, cosa s'intendeva con il termine

⁴⁸¹ Tutte queste indicazioni metodologiche (la cui sintesi è stata attinta dal prezioso elaborato di M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, op. cit., p. 512) sono messe in risalto, fin dalle prime battute della trattazione di Sandulli. In particolare, v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 195, ove si afferma che "tutte tali circostanze [quelle che costituiscono i c.d. indici di riconoscimento, ndr] sogliono essere considerate – soprattutto se ne concorre più d'una – come indici significativi (sebbene uno per uno, e per sé soli, non decisivi) per l'individuazione in un ente del carattere di ente pubblico. Ma naturalmente l'indice per antonomasia (e indiscutibile) è rappresentato dal fatto che la legge designi l'ente come pubblico [...] Questa designazione – la quale è l'espressione più manifesta della volontà legislativa – non sempre è presente; ma la più recente legislazione è generalmente orientata nel senso di effettuarla (ciò in correlazione al prevalere del fenomeno della atipicità degli enti pubblici)".

⁴⁸² In questi termini, M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, op. cit., p. 512. Oltretutto, l'osservazione fatta dall'A. è degna di nota anche per quanto detto nelle pagine precedenti, con riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico. Se alcuni soggetti con determinate caratteristiche (fra i quali possono essere ricomprese anche numerose società a partecipazione pubblica) avessero natura pubblica, rientrerebbero automaticamente tra le "amministrazioni aggiudicatrici" (centrali o sub-centrali, non fa differenza), senza bisogno

“ambientale”: il contesto in cui Sandulli ha sviluppato l’impostazione della quale si sta discorrendo era profondamente diverso da quello attuale, e ciò non solo a causa dei cambiamenti della normativa interna italiana, ma anche – e forse sarebbe il caso di dire soprattutto – a causa dell’evoluzione del diritto comunitario, poi diventato diritto dell’Unione⁴⁸³, che nel corso degli anni ha influenzato, con sempre maggior vigore, tutti i legislatori nazionali.

Sulla base di queste premesse e di fronte a società a partecipazioni pubblica, sarebbe più che legittimo aspettarsi un abbandono, da parte degli interpreti, della teoria degli indici sintomatici. Non tutti, però, si rivelano così attenti, e “il giudice amministrativo [...] nel ‘riesumere’ l’incerto criterio degli indici rivelatori, trascura che soltanto il loro concorde ricorrere consente di pervenire ad una qualificazione pubblica: tale accertamento, poi, dovrebbe essere particolarmente rigoroso in presenza di una indicazione almeno apparentemente contraria”⁴⁸⁴. Insomma, quando si ha che fare con una società a partecipazione pubblica – come può essere, ad esempio, Asidev Ecologica s.r.l.⁴⁸⁵ -, il metodo basato sugli indici di riconoscimento (o sintomatici o

dell’intermediazione di una nozione come quella di “organismo di diritto pubblico”, tramite la quale ricondurre i primi nell’alveo delle seconde (tra le quali figurano lo Stato, le autorità regionali o locali, etc.), pur se agli esclusivi effetti della normativa in tema di appalti. Insomma, quel che Dugato sostiene è molto semplice: l’esistenza della nozione di o.d.p. è la prova del fatto che i soggetti che vengono qualificati come tali, non sono enti pubblici o autorità amministrative; altrimenti, se lo fossero, il legislatore (*in primis*, quello dell’Unione, e poi, di conseguenza, quello italiano) avrebbe potuto imporre loro il rispetto delle procedure di gara *de plano*, in quanto “amministrazioni aggiudicatrici”, senza la necessità di specificazioni ulteriori.

⁴⁸³ “L’Unione europea sostituisce e succede alla Comunità europea: così in base all’art. 1 del Trattato di Lisbona in vigore dal 1° dicembre 2009, che ha modificato sia il Trattato sull’Unione europea del 1992 (TUE), sia il Trattato del 1957 istitutivo della Comunità europea con le successive modificazioni, la cui denominazione è stata modificata in Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE). Del pari l’aggettivo «comunitario» è formalmente sostituito con l’espressione «dell’Unione» in base all’art. 2 del Trattato di Lisbona”: così, G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, 2011, p. 1.

⁴⁸⁴ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., pp. 176-177. In tema di utilizzo ‘inappropriato’ del criterio ermeneutico basato sugli indici rivelatori, si consideri anche S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 1134 e ss., ove l’A., nel commentare Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, riguardante la società Ferrovie dello Stato, critica una ad una le argomentazioni addotte dal giudice amministrativo, a sostegno della natura pubblica del soggetto in questione: “il giudice amministrativo elenca sei argomenti, senza, però, rendersi conto che un argomento debole, aggiunto ad altro argomento debole, non produce una motivazione soddisfacente”. Il commento alla sentenza si chiude, poi, con una serie di domande (volutamente provocatorie) sul tema “dei limiti che i giudici incontrano nel qualificare i soggetti”: “Possono essi operare liberamente oppure debbono attenersi al diritto positivo? Possono ricorrere ad argomenti extratestuali o di diritto naturale? Non dovrebbero considerare esclusivamente la legge e le qualificazioni che ne discendono? Non dovrebbero astenersi dal dare vita a figure spurie?”

⁴⁸⁵ Si tratta della società, ricorrente in Cassazione, della cui fallibilità si discute nella sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013.

rivelatori, che dir si voglia) non è utilizzabile, poiché manca il suo presupposto essenziale: il dubbio.

Non è questo il luogo per riproporre concetti già espressi altrove⁴⁸⁶, ma non si può trascurare un dato di fatto che subito salta all'occhio. I soggetti convenzionalmente definiti 'società a partecipazione pubblica', da un punto giuridico, non sono innominati: al nome proprio (Asidev Ecologica), coniato da chi ha costituito l'ente, segue sempre un nome comune (s.r.l.), che si ricollega a una scelta di chi ha costituito l'ente, ma che è coniato dal legislatore ed evocativo di un insieme di norme, collocate in una certa sede, che descrivono un soggetto con delle caratteristiche e con una natura determinate⁴⁸⁷. Non c'è una situazione di dubbio: il legislatore fornisce un'indicazione

⁴⁸⁶ *Supra*, inizio del capitolo I.

⁴⁸⁷ Si segnala, al riguardo, l'interessante indagine condotta da A. STICCHI DAMIANI, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica tra profili pubblicistici e privatistici*, op. cit., p. 346 e ss., il quale dopo aver individuato i tratti caratterizzanti le s.p.a. a seguito di un'indagine comparativistica (personalità giuridica, responsabilità limitata dei soci, trasferibilità delle azioni, delega della gestione ad un organo amministrativo, "proprietà" della società in capo ai soci), si avventura nella verifica della sussistenza anche nelle s.p.a. a partecipazione pubblica degli elementi caratterizzanti le s.p.a. a partecipazione non pubblica (per comodità definite, rispettivamente, pubbliche e private), al fine di individuare la pretesa esistenza di alterazioni dello schema societario tipico. Questa la conclusione cui perviene l'Autore (p. 362): "alla luce di quanto sin qui esposto i cinque elementi che costituiscono il minimo comun denominatore delle società per azioni a capitale privato sono stati sostanzialmente riscontrati nelle società per azioni pubbliche, latamente intese, per cui si può sostenere, in via generale ed astratta e con la salvezza di diverse riflessioni in caso di particolari previsioni negli statuti delle singole società o in eventuali leggi speciali, che le s.p.a. pubbliche sono delle vere e proprie società per azioni (in tal senso vanno anche gli ultimi interventi comunitari) ed in quanto tali hanno natura privatistica e sono regolate dal codice civile in tutti gli aspetti, ivi compresa la responsabilità degli amministratori. Rimane quindi disattesa la prospettazione dottrina che definisce tali società enti pubblici in forma societaria".

precisa⁴⁸⁸, che va nel senso della natura privata tanto della s.p.a. quanto della s.r.l.⁴⁸⁹. Da questo punto di partenza, comune a chiunque intenda rispettare la legge, non si può assolutamente prescindere⁴⁹⁰.

Come si è avuto modo di constatare, nell'analisi del fenomeno societario condotta dai giudici di legittimità nella sentenza in esame, i profili menzionati sono parecchi,

⁴⁸⁸ Sia con norme recenti, sia con norme più risalenti, come ricorda F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 46: “a prescindere dal fatto che già la collocazione di una disciplina nel Codice civile appare eloquente, uno dei tratti più noti e qualificanti della codificazione del 1942 è stata ed è, notoriamente, l'aver voluto distinguere l'esercizio (anche esclusivo) dell'impresa commerciale da parte di enti pubblici (con la creazione della figura dell'ente pubblico economico) dall'esercizio diretto in forma societaria”. Secondo l'A., basta leggere l'art. 2201 c.c. – dal quale “emerge eloquentemente la circostanza che l'attività di impresa, se davvero esercitata da una persona giuridica di diritto pubblico, ha e deve avere disciplina diversa da quella della società di capitali” – per poter concludere che “esiste quantomeno una espressa negazione codicistica della riconducibilità alla personalità giuridica pubblicistica delle società di capitali”. Altro esempio fatto dall'A. è quello riguardante l'art. 1883 c.c., che “ancora segnala esattamente la dicotomia e contrapposizione tra «istituto di diritto pubblico», e, rispettivamente, «società per azioni»”.

Risulta evidente che ente pubblico e società di capitali sono due entità distinte, che tali devono rimanere. “Il sistema normativo non consente di unificare in uno stesso soggetto la qualifica di società e quella di ente pubblico”: così, G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Supplemento* al n. 4 dell'anno 2004 della rivista *Serv. pubbl. app.*, p. 92.

⁴⁸⁹ Cfr. F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 45 e ss., il quale non è persuaso dall'affermazione secondo cui l'utilizzo legale della “locuzione società per azioni” non sarebbe di per sé significativo di una scelta per il diritto privato, ma, sotto questo profilo, meramente neutro. V. anche C. MARZUOLI, *Ancora su accesso e forme privatistiche (si soggetti e di attività): anche l'accesso ha dei limiti*, in www.giustamm.it, 2004: “Ma qui sta il problema: vi è davvero spazio per un'intima natura del soggetto? Voglio dire. il legislatore configura una certa entità con una forma giuridica privata, dunque vuole che sia (che operi come) un soggetto privato e ciò vuole on per mire definitorie bensì perché vuole che sia sottoposto ad una certa disciplina. Sovrapporre a questa qualità soggettiva una diversa e opposta qualità significa porre nel nulla il dato positivo: è una posizione estrema, che si condanna da sola”.

⁴⁹⁰ Se non ci potessimo fidare di alcuna delle parole che utilizziamo, ogni comunicazione sarebbe preclusa, e il “fine essenziale di intendersi” (l'espressione è di R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., p. 33, n. 1) risulterebbe completamente frustrato. Chi scrive, preferisce collocarsi tra quelli che Giustiniano (*Istituzioni*, II, 7, 3) definiva “*consequentia nomina rebus esse studentes*”, cioè tra coloro che cercano di far sì che i nomi corrispondano alle cose, piuttosto che tra i professionisti del dubbio. Costoro non sembrano rendersi conto del fatto che, nello spezzare il legame esistente fra la locuzione “società per azioni” e l'omonimo istituto (di natura privata) disciplinato dal codice civile, non contribuiscono a risolvere problemi. Al contrario, ne creano di ulteriori: una volta resa l'espressione “società per azioni” un semplice *flatus vocis*, diventa necessario riempire di significato – ogni volta daccapo – detta espressione; peccato che di tale ‘riempimento’ si sia già fatto carico il legislatore, con indicazioni più che chiare. Pertanto, a chi scrive non dispiace essere tacciato di dar seguito ad “un eccesso di formalismo interpretativo”, o di aderire ad “un approccio [...] eccessivamente «codice-centrico»” (entrambe queste espressioni appartengono a G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, op. cit., p. 25 e p. 27), se ciò significa rispettare quanto statuito dal legislatore. Le decisioni di quest'ultimo possono certamente essere criticate (egli, nel derogare alla disciplina civilistica in ragione della tutela dell'interesse pubblico, non dovrebbe considerare l'opzione per il modello societario come irrilevante, ma dovrebbe, al contrario, riflettere sulle ragioni che lo inducono a scegliere il modello delle società di capitali, e agire in maniera coerente), ma non disattese.

tutti di grande interesse: ciascuno di essi meriterebbe una trattazione approfondita, dalla quale, peraltro, emergerebbero conferme circa la tesi sostenuta dalla Cassazione, e da noi appoggiata⁴⁹¹. Si tratterebbe, tuttavia, di un'opera che occuperebbe pagine e

⁴⁹¹ Tra i tanti argomenti dei quali si potrebbe discorrere, si segnala *in primis* quello riguardante il problema della lucratività delle società a partecipazione pubblica, particolarmente caro a Francesco Goisis, il quale si schiera nettamente a favore della necessità dello scopo di lucro – quale elemento sostanziale, e non meramente formale – all'interno dello schema societario: v. F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, 10 maggio 2013, in www.rivistacorteconti.it; ID., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 41 e ss.; ID., *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 396 e ss.; ID., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, op. cit., p. 218 e ss. *Contra*, v. G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, op. cit., p. 28 e ss., che parla dello scopo di lucro come carattere non essenziale di tutte le figure soggettive organizzate secondo lo schema della s.p.a.

Il secondo argomento che si può segnalare è quello riguardante la giurisdizione (del giudice amministrativo o di quello ordinario) sugli atti di nomina o revoca degli amministratori o dei sindaci delle società partecipate da enti pubblici. Orbene, da un punto di vista generale può affermarsi che, mentre gli atti propedeutici alla formazione della volontà negoziale dell'ente sono soggetti alla giurisdizione amministrativa, gli atti societari rientrano certamente nella giurisdizione del giudice ordinario (v. Cass, S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, *cit.*, e anche Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2003, n. 781, secondo tutti gli atti che ineriscono alla vita delle società a partecipazione pubblica pongono questioni di diritti soggettivi e pertanto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario). Poi, focalizzando l'attenzione sul tema indicato, si osserva che “per le controversie riguardanti l'organizzazione societaria, la giurisprudenza ha affermato che non è sufficiente il mero coinvolgimento dell'interesse pubblico per giustificare l'attrazione in capo al giudice amministrativo. In questo senso è stato ad esempio risolto il caso della nomina o della revoca degli amministratori da parte di un ente pubblico: l'atto persegue un fine pubblico ma rimane un atto societario in quanto espressione di una prerogativa squisitamente privatistica e non certo di un potere pubblicistico” (così, F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 22). A conferma di ciò, si segnalano: L. IMPARATO, *La revoca degli amministratori pubblici. Nota a sentenza n. 7063/2013 resa dal Tribunale di Napoli*, in *Gazzetta Forense*, nov.-dic. 2013, p. 37 e ss.; A. CAPRARA, *La revoca del sindaco nominato dal socio pubblico è un affare (di diritto) privato*, in *Soc.*, 2013, p. 1036 e ss.; M. ATELLI, *La revoca degli amministratori di s.p.a. partecipate da enti locali è atto di diritto privato*, in *Soc.*, 2006, p. 870 e ss. Più restio ad accogliere questa ricostruzione, anche in tempi recenti, il giudice amministrativo: v. Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2013, n. 122, con nota di S. DEL GATTO, *La natura degli atti di nomina degli amministratori di società partecipate dallo Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 613 e ss.; si noti, peraltro, che i giudici di Palazzo Spada, nel definire l'atto di nomina del consiglio di amministrazione della società I.L.-C.H. s.r.l. quale vero e proprio atto amministrativo (con la conseguenza di attribuire la giurisdizione su di esso al giudice amministrativo), passano attraverso la solita ricalificazione pubblicistica della società, la quale non può dirsi privata in ragione delle modalità di costituzione *ex lege*, del peculiare assetto organizzativo, dell'attività svolta e del fine perseguito.

Come osservato – con riferimento specifico al sistema delineato agli artt. 2449 e ss. – da R. RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, op. cit., p. 427, “il potere di designare (nonché revocare) taluni componenti degli organi di amministrazione e controllo della società è null'altro che un privilegio di cui godono lo Stato o gli enti pubblici in ossequio agli interessi dei quali essi sono portatori, analogo a quello che [...] può essere ora riconosciuto anche ad altri soggetti titolari di interessi privati ritenuti meritevoli di tale tutela. Ma a siffatto privilegio è estranea ogni connotazione autoritativa, e l'ente che partecipa alla società agisce pur sempre *iure privatorum*. Gli atti di nomina (e di revoca), da ritenersi immediatamente produttivi dei propri effetti senza necessità di alcun formale recepimento ad opera dell'assemblea, tengono in tutto e per tutto luogo di atti di nomina (e di revoca) altrimenti spettanti alla medesima assemblea, e ne condividono la natura essenzialmente negoziale”.

pagine, mentre noi dobbiamo proseguire nell'analisi delle argomentazioni contenute nella sentenza.

Pertanto, ci si limita a fissare un'ultima volta il concetto fondamentale esplicitato dalla Suprema Corte: *i*) le società a partecipazione pubblica sono enti privati, soggetti alla disciplina di diritto comune, contenuta nel c.c.; *ii*) eventuali deroghe a tale disciplina devono essere esplicitamente indicate dal legislatore, altrimenti non è possibile disapplicare le norme del c.c. riguardanti le società di capitali; *iii*) in ogni caso, tale 'disapplicazione' non avviene in modo generalizzato, ma con esclusivo riferimento alle singole norme derogate; *iv*) di conseguenza, la presenza di norme derogatorie (o speciali) non può in alcun modo rappresentare una via per attribuire alle società partecipate natura pubblica, e mettere fuori gioco l'intero sistema di norme del c.c. sulle società di capitali⁴⁹².

2.2.3. Conclusioni sul metodo c.d. "tipologico".

Scorrendo le pagine precedenti, il lettore si sarà accorto che quanto detto finora non costituisce una critica/una risposta diretta al metodo c.d. "tipologico"; ed

⁴⁹² Cfr. le significative affermazioni di F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 17 e ss.: "il controllo totale di una pubblica amministrazione su una società di capitali partecipata non può dar vita a un «tipo» di diritto speciale sulla base di un supposto (ma inesistente) principio di neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, né ad una sua connotazione pubblicistica, frutto di una sorta di mutazione genetica nel senso di una riqualificazione del soggetto. Si può parlare di società di diritto speciale soltanto laddove una espressa disposizione legislativa introduca deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c., con la conseguente emersione normativa di un tipo con causa pubblica non lucrativa. Viceversa, a parte i casi di società c.d. legali (istituite, trasformate o comunque disciplinate con apposita legge speciale), ci troviamo sempre di fronte a società di diritto comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono". Si consideri anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 176, ad avviso del quale "non appare corretto inferire la pubblicità del soggetto dalle deviazioni che la disciplina presenta rispetto alla normazione comune, come se la figura dell'ente pubblico fosse residuale, quando, invece, il codice civile e la legislazione abbondano di regimi differenziati e 'anomali'".

Alla luce delle osservazioni svolte da entrambi questi Autori, si ricava il principio per cui, anche laddove una società a partecipazione pubblica sia destinataria (per effetto di un'esplicita previsione legislativa) di una disciplina derogatoria rispetto a quella di diritto comune contenuta nel c.c., cionondimeno essa mantiene la propria natura di ente privato. Tale natura muta solo se, al regime derogatorio, si aggiunge anche un'espressa qualificazione (pure questa compiuta dal legislatore) della società come ente pubblico. Pertanto, la semplice previsione di un regime speciale non basta a far uscire la società dal novero dei soggetti privati.

effettivamente, nel testo della sentenza in commento, tale approccio dei tribunali fallimentari non è menzionato.

La ragione, se non si erra, risiede nel fatto che il suddetto metodo non è nato dal nulla, ma ha avuto degli antecedenti storici ben precisi⁴⁹³; in altri termini, il Tribunale di S. Maria Capua Vetere ha potuto affermare quello che sappiamo grazie a un certo *background*, dal quale ha potuto attingere⁴⁹⁴.

La Corte di Cassazione, al corrente di tutto ciò, ha deciso di intervenire non su quello che era – per utilizzare un’immagine – un giovane virgulto, da poco cresciuto su una pianta più grande; ma di intervenire direttamente sulla pianta, sradicandola completamente poiché malata. Fuor di metafora, la Suprema Corte, cosciente del retroterra che accompagnava il metodo c.d. “tipologico”, ha spazzato via tutte le argomentazioni tese ad una riqualificazione pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: così facendo, ha risposto, seppur in maniera indiretta (ma non per questo velata), anche ai sostenitori del metodo in parola.

Pertanto, e volendo con ciò terminare questa parte di analisi della sentenza Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, si può affermare che la strada della riqualificazione soggettiva delle società partecipate da enti pubblici è definitivamente sbarrata⁴⁹⁵.

2.3. La risposta al metodo c.d. “funzionale”.

⁴⁹³ Che in gran parte corrispondono a quelli che abbiamo tentato di ricostruire più sopra, quando abbiamo parlato del giudice amministrativo, dell’organismo di diritto pubblico, degli indici sintomatici della pubblicità.

⁴⁹⁴ A darne conto è lo stesso Tribunale campano (Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, cit., p. 713 e ss.): “Invero, in ordine alla natura delle società di servizi a partecipazione pubblica [...] si registra una evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali e dell’attività di tali società a discapito degli aspetti formali e della veste giuridica assunta dalle stesse”. Fatta questa premessa, il decreto prosegue descrivendo la suddetta evoluzione, all’interno della quale gioca un ruolo fondamentale, tra gli altri, il Consiglio di Stato, le cui sentenze vengono più volte menzionate.

⁴⁹⁵ Cfr., ancora una volta, F. FIMMANO’, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 19: “solo una legge può qualificare una società a partecipazione pubblica come ente pubblico e quando ha ritenuto di farlo lo ha fatto. E ciò trova conferma nel divieto di cui all’art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70, che per porre un freno all’incontrollata proliferazione di enti pubblici, dispose la soppressione di tutti quelli esistenti alla data della sua entrata in vigore, fatte salve le sole eccezioni dalla stessa specificamente indicate, al contempo vietandone l’istituzione o il riconoscimento di nuovi mediante atti non aventi forza di legge. La riqualificazione di una società di capitali in ente sostanzialmente pubblico affermata da un diritto pretorio, è una operazione interpretativa non consentita in base alla predetta riserva di legge, ed in virtù del principio di cui all’art. 101 Cost., che impedisce di negare l’efficacia precettiva delle norme oltre i limiti consentiti dall’interpretazione, la quale non può mai porsi *contra legem*”.

2.3.1. Una premessa.

Prima di analizzare i passaggi salienti della sentenza, occorre notare che la società ricorrente – Asidev Ecologica s.r.l. – assume di non essere assoggettabile a fallimento proprio attraverso l'applicazione del metodo c.d. "funzionale"; essa, infatti, si auto-qualifica come ente necessario e strumentale della P.A. (nel caso di specie, l'ente pubblico ASI di Avellino, detentore di una quota di partecipazione pari al 51% del capitale sociale), adducendo a sostegno diversi elementi che, per ragioni di tempo, si evita di elencare⁴⁹⁶.

Alla luce di tale considerazione, è stato dunque inevitabile, per la Corte, rispondere in maniera diretta ed esplicita alle argomentazioni tradizionalmente addotte da dottrina e giurisprudenza a sostegno dell'approccio censurato.

2.3.2. La confutazione dei principali argomenti su cui poggia il metodo c.d. "funzionale".

Come ben sappiamo, e come ricordato dai giudici di legittimità, il metodo c.d. "funzionale" afferma che la verifica dell'applicabilità alle società in mano pubblica di discipline di settore pubblico o privato, in difetto di specifiche disposizioni normative, va compiuta di volta in volta, a seconda della materia di riferimento ed in vista degli interessi tutelati dal legislatore. Di conseguenza, la ricorrente ritiene che non potrebbero essere dichiarate fallite le società partecipate (fra le quali essa si annovera) aventi carattere necessario per l'ente territoriale, ovvero quelle che svolgono un servizio pubblico essenziale, la cui esecuzione continuativa e regolare verrebbe ad essere pregiudicata dalla dichiarazione di fallimento.

La prima obiezione che si può muovere a un simile ordine d'idee riproduce la classica struttura di una dimostrazione per assurdo, in cui si assume temporaneamente un'ipotesi, si giunge a una conclusione assurda, e quindi si dimostra che l'assunto originale deve essere errato. Percorrendo fino in fondo l'approccio c.d. "funzionale" – vale a dire: ignorando che ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini

⁴⁹⁶ Elementi che, però, sono riportati dalla Cassazione all'interno della pronuncia, nella parte iniziale dei *Motivi della decisione*: Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, cit., pp. 2-6.

dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto –, 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 fallimento⁴⁹⁷.

L'assurdità della conclusione deriva dal suo essere in palese contrasto con quanto disposto dall'art. 2221 c.c. e dall'art. 1 l. fall., a mente dei quali sono soggetti alle disposizioni sul fallimento gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici⁴⁹⁸. Proprio in ragione di tale contrasto, l'ipotesi di partenza va scartata⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Lo fanno notare i giudici di legittimità in un passaggio della sentenza in esame (p. 12), ma si tratta di un'osservazione già diffusa in dottrina: v., *ex multis*, E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d'insolvenza*, op. cit., p. 370.

⁴⁹⁸ Palese contrasto enfatizzato anche in dottrina: v., ancora una volta, E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d'insolvenza*, op. cit., p. 370

⁴⁹⁹ E va scartata non solo per la sua contrarietà al dato normativo, ma anche per le rovinose conseguenze che sarebbe in grado di produrre: “Se fosse esatta la tesi che la società con capitale totalmente pubblico, od a capitale misto pubblico – privato, che gestisce un servizio pubblico, non sia soggetta al fallimento, si creerebbe una grave alterazione del mercato, perché sarebbero le uniche società commerciale non sottoposte ad alcun tipo di procedura concorsuale. Infatti, l'impossibilità di sottoposizione al fallimento impedirebbe anche l'eventuale assoggettamento di dette società alla procedura dell'amministrazione straordinaria per le grandi imprese in crisi di cui alla legge n. 270/99, alla variante di cui al d.l. 23 dicembre 2003 n. 347, convertito nella legge 18 febbraio 2004, n. 39 (c.d. legge Marzano), ed all'ulteriore variante del decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito nella legge 27 ottobre 2008, n. 166 (c.d. decreto Alitalia), anche quando le stesse abbiano le dimensioni previste da tali ultimi provvedimenti legislativi, perché le norme richiamate richiedono, per la sottoposizione a dette procedure di amministrazione straordinaria, che si tratti di imprenditore soggetto alle disposizioni sul fallimento. Parimenti, l'esclusione dalla sottoposizione al fallimento determinerebbe, ai sensi dell'art. 1 l. fall., l'impossibilità di accedere anche alla procedura del concordato preventivo [...] Tale conclusione costituirebbe una notevole anomalia dell'ordinamento giuridico che, invece, prevede sempre una forma di procedura concorsuale per la gestione dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale e l'eliminazione dal mercato dell'impresa insolvente o di quella che non abbia rispettato specifiche discipline di settore. Il nostro ordinamento concorsuale conosce una serie di procedure concorsuali affidate alla diretta gestione dell'autorità amministrativa in settori in cui il legislatore ha ritenuto che la particolarità degli interessi imponga un controllo diretto di detta autorità anche nella fase di liquidazione concorsuale [...] È evidente, quindi, che quando il legislatore ha ritenuto che vi siano interessi degni di particolare rilievo pubblicistico, ha optato per la diversa definizione dell'insolvenza nelle forme della procedura di liquidazione coatta amministrativa, tuttavia in ogni caso esiste sempre una procedura di gestione dell'insolvenza – o comunque di regolazione della congerie di rapporti facenti capo ad una società che venga estromessa dal mercato, cessando l'attività, per ragioni connesse alla violazione delle diverse discipline di settore – nelle forme del concorso. Nel caso specifico, invece, se fosse vera la tesi dell'impossibilità di sottoporre a fallimento la società commerciale che gestisce un servizio pubblico di rilevanza economica, ci si troverebbe dinanzi all'ipotesi di una società di capitali che, pur insolvente, non sarebbe soggetta ad alcuna forma di concorso, ma solo all'esecuzione individuale dei singoli creditori” (così, S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO, op. cit., p. 320 e ss.). Su questo tema si tornerà a parlare più diffusamente più avanti nel corso della trattazione.

A fallire è l'imprenditore commerciale di natura privata⁵⁰⁰. La prima cosa da fare, dunque, è verificare che il soggetto che si vuole sottoporre alla procedura, rivesta detta qualifica⁵⁰¹; seguirà poi l'indagine volta ad accertare, da un lato, il possesso dei requisiti dimensionali (fissati al co. 2 dell'art. 1 l. fall.), dall'altro, l'effettiva sussistenza dello stato d'insolvenza (art. 5 l. fall.)⁵⁰². Al tribunale non sono richiesti, in questo procedimento, altri adempimenti⁵⁰³.

La Corte, poi, prosegue: “neppure è persuasivo l'argomento che, dalla necessità del servizio pubblico gestito, vorrebbe far derivare la necessità del soggetto privato che lo eroga, con conseguente sua esenzione dal fallimento”⁵⁰⁴. Per sostenere tale affermazione, i giudici di legittimità ricorrono a un argomento di tipo sistematico.

⁵⁰⁰ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 60.

⁵⁰¹ Non è un caso, osserva E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d'insolvenza*, op. cit., p. 370, se “i tribunali fallimentari ancora oggi non rinunciano ad operare previamente una qualificazione [...] dell'ente, perché è su questo terreno che deve adoperarsi l'interprete per ricostruire la disciplina in tutti i casi in cui non sia preventivamente la legge a prescrivere una speciale procedura per l'ente in stato d'insolvenza”. Suggestisce di “ritornare all'antico”, L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 637, il che significa – fuor di metafora – considerare “che l'ambito di applicazione delle procedure in esame [fallimento e concordato preventivo, ndr] è definito dalla nozione di imprenditore commerciale”: pertanto, “è a questa che occorre porre attenzione”. Aggiunge poi l'A.: “l'art. 1 legge fallim. stabilisce quale presupposto soggettivo per l'assoggettabilità al fallimento e al concordato preventivo il possesso della qualità di imprenditore commerciale di natura privata, della quale non è dato dubitare, quando il legislatore abbia scelto di consentire lo svolgimento di una determinata attività mediante una società di diritto comune, che può costituire oggetto di una regolamentazione pubblicistica, o essere sottratta a quella di diritto comune, esclusivamente se ed entro i limiti nei quali ciò sia stabilito dalle norme che quella attività disciplinano”.

⁵⁰² Senza dimenticare che – per dichiarare il fallimento dell'imprenditore commerciale di natura privata, in possesso dei requisiti dimensionali richiesti, che versi in stato d'insolvenza – occorre anche rispettare la condizione obiettiva di procedibilità contenuta nell'art. 15, co. 9 l. fall., ai sensi del quale “Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultante dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila”.

⁵⁰³ Fermo restando che quello che importa al fallimento è la natura del soggetto, chi volesse comunque indagare sull'attività esercitata (gestione di un servizio pubblico essenziale), scoprirebbe immediatamente che anche questa è di carattere commerciale, trattandosi di attività industriale diretta alla produzione di un servizio (art. 2195, n. 1, c.c.).

⁵⁰⁴ Tesi sostenuta, in particolare, dal già menzionato G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, op. cit., p. 696 e ss.; ID., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, op. cit., p. 719 e ss. Per questa via, le società a partecipazione pubblica “necessaria” sarebbero escluse dal fallimento, perché la soggezione a tale procedura concorsuale lederebbe gli interessi pubblici che lo stesso art. 1 l. fall. intende tutelare; in assenza di un'espressa previsione normativa non potrebbero essere assoggettate a liquidazione coatta amministrativa (art. 2 l. fall.) e pertanto, in forza dell'attuale quadro normativo, sarebbero trattate alla stessa stregua dell'insolvente civile. *Contra*, C. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 477, il quale osserva che la tesi in questione “non pare persuasiva quanto meno perché l'argomentazione in termini di interesse pubblico all'attività non supera un dato dell'esperienza legislativa. L'ordinamento, se non mi inganno, prevede alternative alla procedura concorsuale base ora in ragione dell'attività specifica esercitata da un soggetto anche privato ora, come nel caso del codice civile, in ragione della sua natura (art. 2221 c.c.). Dunque, a prescindere dal fatto che normalmente le

Per prima cosa, ricordano che il c.d. decreto Alitalia (d.l. n. 134/08, convertito dalla l. n. 166/08), detta norme specifiche in materia di ristrutturazione industriale di grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, proprio al fine di assicurare che questi non subiscano interruzioni, ma non esclude che tali imprese siano sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria⁵⁰⁵. Di conseguenza, risulterebbe privo di coerenza un ordinamento che prevedesse l'esonero dalla procedura concorsuale ordinaria per quei gestori di servizi pubblici essenziali che non raggiungono le soglie dimensionali necessarie per accedere a quella di amministrazione straordinaria.

In secondo luogo, e con specifico riferimento al tema delle società partecipate da enti locali, fanno notare che la complessa disciplina ricavabile dagli artt. 112-118 del d.lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.) e dalle successive leggi di modifica e/o di integrazione mantiene fermo il principio della separatezza fra titolarità degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici (che devono

convenzioni d'affidamento d'un servizio contemplano l'insolvenza od il disavanzo come causa di decadenza, risulta oltremodo arduo superare il silenzio del legislatore. Conseguentemente quell'interesse pubblico alla continuazione dell'attività potrà essere riconosciuto rilevante nei limiti in cui emerga dall'esegesi dei documenti normativi, senza alcuna possibilità, altrimenti, d'assurgere a strumento di giustificazione d'un mutamento sia delle regole organizzative che di quelle destinate a disciplinare la patologia dell'impresa". In giurisprudenza, v. App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, cit., p. 1291, ove i giudici affermano che il criterio funzionale "non convince in quanto può discorrersi di necessità quando essa sia di natura legale, non anche qualora [...] l'affidamento del servizio dipende da una delle possibili scelte [...] esercitabili dall'ente pubblico titolare di esso, ravvisandosi semmai nella determinazione di avvalersi di un modello organizzativo di diritto societario la volontà, normativamente consentita, di accedere anche alla relativa disciplina [...] con i rischi e le prospettive connessi all'insolvenza ed al superamento della crisi dell'impresa. Ancora [...] non può non evidenziarsi quanto lucidamente sottolineato in dottrina circa la constatazione secondo la quale la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di una determinata attività, inerente ad un servizio pubblico essenziale, ad un soggetto costituito come società di diritto comune concerne e risolve, a monte, la ritenuta compatibilità con essa della natura dell'ente". Critiche all'approccio funzionale giungono anche da App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, cit., p. 1295: "essenziale o necessario può essere qualificato un servizio pubblico e/o l'ente – salvo casi eccezionali, pubblico – che ne è il titolare, non già l'ente, pubblico o privato, cui ne è affidato il solo esercizio".

⁵⁰⁵ Con l'intervento normativo citato dalla Corte (tramite cui è comparsa sulla scena una 'nuova' amministrazione straordinaria: in tema, v. F. FIMMANO', *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 328 e ss.; A. ANTONINI, *Il caso Alitalia – salvataggio o fallimento?*, in *Dir. trasp.*, 2009, p. 117 e ss.; D. MANENTE, *Dalla "legge Marzano" al d.l. 134/2008: note minime sulle modifiche alla procedura di ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza nel caso "Alitalia"*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 516 e ss.; P. MANGANELLI, *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d'impresa*, in *Dir. e prat. società*, 2008, p. 28 e ss.), il legislatore non si è soltanto occupato di fronteggiare la disastrosa posizione economica della compagnia di bandiera italiana, ma è anche intervenuto sul testo della legge Marzano (d.l. n. 347/2003, conv. in l. n. 39/2004) e su quello del d.lgs. n. 270/1999, inserendo norme specificamente dedicate alle "imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali" (art. 2, co. 2 della legge Marzano) e alle "società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali" (art. 27, co. 2-bis del d.lgs. n. 270/1999).

restare di proprietà degli enti, salvo che questi non li conferiscano a società a capitale interamente pubblico e incedibile) e attività di erogazione dei servizi, che può essere affidata anche a soggetti privati. A questa stregua, il fallimento della società partecipata, pur se costituita all'unico scopo di gestire un determinato servizio pubblico, non preclude all'ente locale, rimasto proprietario dei beni necessari all'esercizio di quel servizio, di affidarne la gestione a un nuovo soggetto⁵⁰⁶.

In conclusione, non esistono valide ragioni per dubitare della fallibilità della società a partecipazione pubblica affidataria (anche in via esclusiva) di un servizio pubblico essenziale; ciò che invece trova conferma, sul piano sistematico, è la soluzione diametralmente opposta. L'eventuale dichiarazione di fallimento di una società con le predette caratteristiche, pertanto, non interferisce sull'indisponibilità degli interessi pubblici che il servizio è volto a soddisfare, ma impone, da un lato, all'ente pubblico che di tali interessi è titolare di trovare una soluzione alternativa ai fini della loro soddisfazione e, dall'altro, agli organi del fallimento di procedere alla liquidazione delle attività fallimentari nel rispetto dei limiti generalmente stabiliti dalla legge al fine di assicurare la continuità del servizio pubblico già affidato alla società fallita⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ In dottrina, considerazioni analoghe sono svolte ad esempio da S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., pp. 447-448. Pur essendosi sostenuto "che la dichiarazione di fallimento, con il conseguente spossessamento e cessazione dell'attività d'impresa, sia incompatibile con l'interesse pubblico alla continuità nella gestione del servizio pubblico necessario", l'A. autore osserva che "in realtà, sempre rimanendo alla gestione dei servizi pubblici locali (quelli che attualmente presentano più frequentemente tali problematiche), si deve rilevare che l'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 prevede che gli enti locali non possano cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio degli stessi, salvo che la cessione avvenga a favore di società a capitale interamente pubblico – capitale espressamente definito «incedibile» dal comma 13 dello stesso articolo – che, a loro volta, ne cederanno la gestione ad altra società (sicché vi sarà sempre una scissione fra società proprietaria degli impianti e società di gestione). Ne consegue che l'espropriazione collettiva non potrà mai riguardare dotazioni e gli impianti immobili del servizio pubblico, che non potranno essere colpiti dal pignoramento perché sugli stessi non può essere trascritta, alla conservatoria dei registri immobiliari, la sentenza di fallimento, risultando di proprietà dell'ente pubblico o della società a cui siano stati da quest'ultimo conferiti, mentre per gli impianti e dotazioni mobili potrà trovare applicazione l'articolo 87-bis della legge fallim. che prevede addirittura la possibilità di non inventariare il bene se risultino diritti reali o personali di terzi chiaramente riconoscibili, oppure permette una restituzione anticipata dello stesso bene rispetto alla domanda da proporre in sede di verifica dello stato passivo. L'applicazione di tale norma non dovrebbe presentare difficoltà perché dovrebbe risultare la proprietà da parte dell'ente pubblico, o della società appositamente creata cui il bene sia stato conferito in proprietà".

⁵⁰⁷ Cfr., *ex multis*, E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., pp. 27-28, nonché App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, cit., p. 1295.

Sebbene nella sentenza in commento i giudici di legittimità non lo mettano in risalto, quanto affermato nelle righe precedenti trova riscontro anche sul piano applicativo: il fallimento, infatti, è spesso considerato, nei contratti di affidamento del servizio, come causa di decadenza della concessione⁵⁰⁸.

2.3.3. La lettura “corretta” dell’articolo 104, comma 1 della legge fallimentare.

Se uno degli argomenti contrari al fallimento della società a partecipazione pubblica c.d. “necessaria” deriva dall’esigenza di salvaguardare la continuità del servizio pubblico affidato alle sue cure, “ci si potrebbe domandare se un utile strumento a tal fine possa essere rappresentato dall’esercizio provvisorio dell’impresa di cui all’art. 104 l. fall., istituito, come noto, finalizzato alla preservazione dell’integrità del valore dell’impresa in vista di una sua futura vendita e, perciò, di carattere necessariamente provvisorio”⁵⁰⁹.

A questo interrogativo, i sostenitori del metodo c.d. “funzionale” rispondono negativamente. Partendo dall’idea che la disciplina dell’esercizio provvisorio sia diretta a tutelare in modo esclusivo il ceto creditorio, essi ritengono che la stessa non possa essere utilmente applicata alla società a partecipazione pubblica, proprio perché l’interesse alla continuità del servizio pubblico verrebbe sacrificato ogniqualvolta il

⁵⁰⁸ “Ciò, infatti, consente all’ente pubblico controllante di provvedere ad una sostituzione della società decotta nella gestione del servizio in vista proprio della tutela dell’interesse generale alla continuità del servizio e, per questa via, prevenire l’indebita sostituzione dell’autorità giudiziaria nell’esercizio di funzioni amministrative”: così, E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 371. Verrebbe da aggiungere: ancor prima, la presenza di simili clausole nei contratti di affidamento non fa che confermare la fallibilità delle società a partecipazione pubblica, anche di quelle affidatarie di servizi pubblici essenziali.

Oltretutto, come osserva poco dopo la stessa Autrice (molto critica nei confronti del metodo c.d. “funzionale”), “la soluzione cui approda questa impostazione (esonero dal fallimento della società «necessaria» e l’esposizione alle azioni esecutive individuali dei singoli creditori) risulta particolarmente pregiudizievole dell’interesse ad assicurare la continuità del servizio pubblico. Può una società decotta e per di più esposta ad uno smembramento del patrimonio aziendale continuare a garantire la gestione efficiente di un servizio?”. Come si può agevolmente constatare, i tanto sbandierati interessi pubblici – la cui tutela viene eretta a cavallo di battaglia dai sostenitori del metodo c.d. “funzionale” – rischiano di essere inevitabilmente frustrati.

⁵⁰⁹ E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 34.

suo perseguimento fosse in grado di pregiudicare l'interesse dei creditori sociali a conseguire la massimizzazione della loro percentuale di riparto⁵¹⁰.

Nella sentenza in commento, la Cassazione affronta anche questa tematica, rispondendo affermativamente alla domanda riguardante l'utilizzabilità dello strumento dell'esercizio provvisorio. Nella pronuncia, infatti, si legge che "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.". Secondo i giudici di legittimità, "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". Da ultimo, in risposta a chi paventa "una inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere tipicamente pubblicistico"⁵¹¹, la Suprema Corte osserva che non "si comprende sotto quale profilo l'autorizzazione alla continuazione temporanea dell'esercizio dovrebbe comportare una inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa, che aveva in precedenza scelto il soggetto cui affidare la gestione e che continuerebbe ad intrattenere con questo, per la durata dell'esercizio, i medesimi rapporti che vi intratteneva prima della dichiarazione di fallimento".

⁵¹⁰ In tal senso, v. G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, op. cit., p. 348, che osserva: "In ordine alla possibilità di «impedire» l'interruzione del servizio pubblico mediante l'esercizio provvisorio dell'impresa ai sensi dell'art. 104 l. fall., va sottolineato come la soluzione urti contro la lettera e la *ratio* dell'istituto. L'esercizio provvisorio può essere disposto solo «se dall'interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori», e deve cessare in qualsiasi momento se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di conseguirlo. Non può, quindi, l'istituto dell'esercizio provvisorio rappresentare lo strumento di tutela degli interessi pubblici legati alla continuazione dell'esercizio del pubblico servizio. Questo interesse, per quanto pubblico, è distinto ed estraneo rispetto all'interesse privato dei creditori, che necessariamente prevale in caso di contrasto". Opinione espressa già in precedenza dall'Autore: ID., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, op. cit., p. 696; ID., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, op. cit., pp. 720-721.

⁵¹¹ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, op. cit., p. 696.

Come evidenziato dai giudici di legittimità (e, nel corso di questa trattazione, anche da noi⁵¹²), una lettura della norma di cui all'art. 104 l. fall. orientata alla esclusiva tutela degli interessi del ceto creditorio, non è condivisibile.

Per dimostrare l'erroneità di tale lettura restrittiva, è sufficiente la formulazione stessa della norma. Difatti, occorre rilevare che – a differenza della precedente disciplina dell'art. 90 del r.d. n. 267/1942⁵¹³ – la nuova disciplina dell'art. 104 l. fall. stabilisce che il tribunale, all'atto della dichiarazione di fallimento, possa disporre l'esercizio provvisorio se dall'interruzione possa derivare un danno grave, purché ciò non arrechi pregiudizio ai creditori: “la disposizione lascia chiaramente intendere che il danno grave, che giustifica l'esercizio provvisorio, non è solamente quello che possa derivare al ceto creditizio dall'interruzione dell'attività, ma anche quello che possa essere arrecato a terzi od all'ambiente sociale in cui l'impresa fallita presta la propria attività”⁵¹⁴. Detto altrimenti, “i danni gravi, che il provvedimento del Tribunale è volto

⁵¹² *Supra*, cap. I, sez. II.

⁵¹³ Per effetto della disciplina previgente alla riforma degli anni 2005-2007, “l'esercizio provvisorio dell'impresa rivestiva un ruolo assolutamente marginale, e l'istituto era fondamentalmente mal visto dal legislatore”, tanto che “nessuna particolare attenzione veniva dedicata alle opportunità di salvaguardia dei complessi produttivi nelle regole concernenti la liquidazione del patrimonio del fallito: l'idea che l'impresa in se stessa, quale complesso dei rapporti giuridici e economici facenti capo al fallito, potesse avere un qualche futuro ove fosse passata in altre mani e che il suo trasferimento in blocco a terzi potesse così realizzare il miglior vantaggio per gli stessi creditori, era sostanzialmente estranea alla concezione liquidatoria che stava alla base delle regole del fallimento, permeate da un accentuato formalismo che ben si sposava con la considerazione atomistica dei beni del fallito” (così, A. JORIO, *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto dallo stesso A., 2006, I, p. 2). La prospettiva adottata dal legislatore della riforma, invece, è del tutto diversa: “al di là delle pur notevoli variazioni che la riforma della legge fallimentare ha apportato all'istituto, risulta profondamente modificato il contesto normativo in cui esso si inserisce, dal quale emerge che la precedente diffidenza avverso la prosecuzione endofallimentare dell'impresa è stata sostituita da un parziale favor del legislatore, che appare del tutto congruente con l'opzione di fondo, perseguita dalla riforma, di privilegiare anche nel fallimento, ogniquale volta ve ne sia la possibilità, il ricorso a modalità soddisfattive delle pretese creditorie, che preservino l'integrità dell'intero complesso aziendale o di singoli rami di esso”; “in questa novellata prospettiva l'esercizio provvisorio perde ogni carattere di eccezionalità, che in passato si riteneva lo caratterizzasse, e si connota, invece, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, come lo strumento naturale, che l'ordinamento pone a disposizione della procedura al fine di «traghetare» l'azienda, mantenendola vitale ed efficiente, verso le modalità di liquidazione auspiccate dalla legge” (così, E. SABATELLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. “sociali”*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 127 e ss.).

⁵¹⁴ S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, op. cit., p. 325. In senso analogo, E. SABATELLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. “sociali”*, op. cit., p. 131 e ss., la quale osserva che “già ad un primo approccio, emerge con evidenza che in questa fattispecie gli interessi oggetto di tutela diretta non sono esplicitamente individuati dal legislatore. Senza dubbio il fulcro della disposizione è costituito dalla urgenza di evitare un danno, del quale la norma si limita a dirci che deve essere grave, senza specificarne alcuna altra caratteristica, né offrire alcuna indicazione circa i soggetti o gli interessi sui quali esso viene ad incidere. La genericità

ad evitare, non sono, dunque, soltanto quelli che, incidendo sul valore del patrimonio del fallito, pregiudicano in via diretta gli interessi della collettività dei creditori, ma anche quelli esclusivamente lesivi di interessi «terzi», purché sia rispettata la condizione preclusiva, che la prosecuzione dell'impresa non arrechi pregiudizio ai creditori⁵¹⁵.

Pare dunque confermata – ora anche dalla Corte di Cassazione – l'impostazione che individua nell'inciso “purché non arrechi pregiudizio ai creditori”, un semplice limite all'esercizio provvisorio dell'impresa⁵¹⁶. A questa stregua, vi possono essere casi in cui l'esercizio provvisorio è disposto a tutela degli interessi del ceto creditorio, ma ciò in quanto il “danno grave” (unico vero presupposto della fattispecie) incombe sui creditori stessi, e non perché l'istituto in parola è destinato esclusivamente alla loro tutela⁵¹⁷.

Questo per quanto riguarda il punto di vista del tribunale fallimentare che si trova a dover fronteggiare l'insolvenza di una società a partecipazione pubblica, incaricata dello svolgimento di un servizio pubblico essenziale.

Con riferimento all'angolo visuale che vede invece coinvolto l'ente pubblico, è stato notato che, da un punto di vista puramente teorico, non sussiste alcuna incompatibilità fra esercizio provvisorio dell'impresa (disposto dal tribunale con

della formulazione vigente non può essere considerata casuale, vuoi in considerazione della evoluzione storica dell'istituto, il quale nelle sue remote origini era, invece, espressamente preordinato ad evitare che la cessazione dell'attività pregiudicasse i creditori, vuoi per quanto è esplicitamente dichiarato nella Relazione di accompagnamento all'art. 104 legge fallim.”

⁵¹⁵ E. SABATELLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. “sociali”*, op. cit., p. 134.

⁵¹⁶ In questo senso, da ultimo, A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, op. cit., p. 60 e p. 71. Si consideri anche M. SANDULLI, *Commento all'art. 104, in La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, op. cit., II, p. 605, il quale evidenzia come la prosecuzione in sede fallimentare dell'attività di pubblici servizi di linea, di erogazione del gas o di energia non possa giustificarsi laddove arrechi pregiudizio ai creditori.

⁵¹⁷ “L'esercizio provvisorio, dunque, può certamente essere disposto dal Tribunale, se di esso si giovano soltanto i creditori del fallito, ed è ipotizzabile che la necessità di evitare un danno grave a costoro – collettivamente intesi, come beneficiari della liquidazione dell'attivo – sarà la motivazione che con maggiore frequenza indurrà i Tribunali ad autorizzare la prosecuzione dell'impresa; ma – la lettera della legge è inequivocabile su questo punto – il Tribunale può ordinare la prosecuzione dell'impresa anche se i creditori, nell'insieme, non appaiono destinati a ricavarne alcun vantaggio, purché venga rispettata la condizione imprescindibile che non ne siano pregiudicati, sicché la realizzazione degli interessi del ceto creditorio, quando non sia lo scopo primario del provvedimento, funge comunque da linea di confine rispetto alla legittima operatività dell'istituto”: in questi termini, E. SABATELLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. “sociali”*, op. cit., p. 134. “Pertanto, il danno grave, evitabile attraverso l'esercizio provvisorio, ben può essere quello che deriverebbe all'utenza dall'interruzione del servizio”: così, L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, op. cit., p. 561.

sentenza dichiarativa di fallimento ai sensi dell'art. 104, co. 1 l. fall.) e riserva all'ente pubblico della titolarità delle funzioni amministrative di cui all'articolo 118 della Costituzione⁵¹⁸, “stante la [...] volontaria sottoposizione della pubblica amministrazione, nell'esercizio del suo autonomo potere di organizzazione, alla disciplina privatistica delle società commerciali”⁵¹⁹.

Per la verità, i dubbi circa la compatibilità tra esercizio provvisorio dell'impresa e continuità del servizio pubblico sono definitivamente destinati a svanire nel momento in cui, abbandonata la prospettiva del contrasto, s'ipotizzi l'instaurazione di un rapporto di leale e fattiva collaborazione fra tribunale fallimentare e ente pubblico titolare del servizio. Ci si prova a spiegare meglio.

Poiché la decisione riguardante l'esercizio provvisorio *ex art. 104, co. 1 l. fall.* richiede al tribunale la valutazione di diversi elementi che involgono analisi complesse⁵²⁰, e poiché tale misura viene disposta con la sentenza dichiarativa di fallimento, è lapalissiano affermare quanto segue, ovvero che il tribunale è a conoscenza, già prima della dichiarazione di fallimento, dello stato in cui versa la società partecipata, del fatto che essa gestisce servizio pubblico e delle misure che sarebbe opportuno prendere⁵²¹. Conseguentemente, laddove l'autorità giudiziaria

⁵¹⁸ Come prospettato da G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, op. cit., p. 721, ad avviso del quale, con l'esercizio provvisorio, “si verifica [...] un'inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere tipicamente pubblicistico, quali la decisione in ordine alla continuità o meno della gestione di un pubblico servizio essenziale, in ordine al controllo sul soggetto che è investito della funzione e, addirittura, in ordine alla sua sostituzione con un terzo soggetto”. Conclude poi l'A.: “la traslazione in capo all'autorità giudiziaria ordinaria della cura del pubblico interesse e delle scelte in ordine alle modalità per il suo perseguimento determinano una situazione di dubbia compatibilità con i principi costituzionali che regolano l'agire amministrativo, e, in particolare, con la riserva in favore degli enti pubblici della titolarità delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost.”.

⁵¹⁹ S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, op. cit., p. 326.

⁵²⁰ Nel corso dell'istruttoria prefallimentare, infatti, il tribunale non deve occuparsi soltanto delle questioni attinenti al “grave danno” e al “pregiudizio ai creditori”. Come sottolinea F. FIMMNANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1602, “l'analisi dei presupposti di fattibilità dell'esercizio provvisorio costituisce anche il punto di partenza per la determinazione del contenuto e dell'ambito dell'esercizio stesso. Difatti, il provvedimento con il quale si dispone l'esercizio provvisorio non può limitarsi a sancire la mera continuazione, ma deve prendere anche le determinazioni necessarie per il raggiungimento delle condizioni che lo hanno generato e che devono permanere sino alla liquidazione dell'azienda. In questa ottica le possibilità di scelta sono ampie e si sostanziano in tutte quelle decisioni che si ritengono funzionali a mantenere viva l'«utilità» [...] dell'esercizio provvisorio”.

⁵²¹ Tant'è che F. FIMMNANO', *Commento all'art. 104*, op. cit., p. 1590 e ss., ipotizza addirittura un'anticipazione cautelare dell'esercizio provvisorio: “l'esercizio, difatti, potrebbe, a nostro avviso, essere anticipato dal tribunale, nella fase di istruttoria prefallimentare; poi disposto o confermato nella sentenza di fallimento”; secondo l'A., “l'occasione dell'esercizio provvisorio si presenta già in fase di istruttoria prefallimentare visto che, come disposto dall'art. 15 l. fall. «Il tribunale, ad istanza di parte

pronosticasse – quale conseguenza dell'interruzione dell'attività d'impresa – il verificarsi di un “danno grave” per i fruitori del servizio pubblico, potrebbe mettersi in contatto con l'ente titolare di quest'ultimo, per comunicargli la propria “soluzione”: un esercizio provvisorio dell'impresa, limitato al solo periodo strettamente indispensabile a permettere un nuovo affidamento del servizio da parte dell'ente pubblico titolare⁵²². A questo punto, l'ente pubblico titolare del servizio “potrebbe reclamarne immediatamente la restituzione, qualora sia in grado di procedere nell'immediatezza ad un nuovo affidamento in gestione ad altra società a seguito di gara o affidamento diretto”⁵²³; oppure, in alternativa, potrebbe per così dire accettare la soluzione prospettata dal tribunale, utilizzando il lasso di tempo in cui l'impresa è esercitata dal curatore fallimentare per individuare un altro soggetto, cui affidare il servizio in questione. Viceversa, qualora il tribunale ritenesse mancanti le condizioni per disporre l'esercizio provvisorio (perché, poniamo il caso, pur ricorrendo gli estremi del “danno grave” per i fruitori del servizio pubblico, ne deriverebbe un pregiudizio per i creditori), potrebbe ugualmente mettersi in contatto con l'ente titolare del servizio pubblico, per metterlo in allarme: in tal caso, sarà quest'ultimo a dover individuare una soluzione efficace, che garantisca la continuità del servizio⁵²⁴.

In definitiva, ferme restando le competenze proprie di ciascuno dei soggetti coinvolti, è possibile per il tribunale fallimentare e per l'ente pubblico titolare del servizio addivenire a una soluzione che, nel rispetto della legge fallimentare (la

può emettere i provvedimenti cautelari [...] a tutela [...] dell'impresa [...] che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza”.

⁵²² Una soluzione che, secondo S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, op. cit., p. 325, “non sembra tecnicamente incompatibile con la gestione del servizio pubblico”, a patto che l'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 104, co. 1 l. fall. tenga conto “della peculiarità della fattispecie, in ogni caso escludendo che il curatore possa procedere ad operazioni del tipo affitto d'azienda o cessione in blocco dell'azienda, atteso che il servizio deve ritornare all'ente pubblico titolare” (p. 326).

⁵²³ S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, op. cit., p. 326.

⁵²⁴ Puntualissime, al riguardo, le osservazioni finali dello scritto del solito S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, op. cit., pp. 326-327: “In sostanza, da un canto non pare che la disposizione della legge fallimentare sull'esercizio provvisorio dell'impresa fallita sia incompatibile con una temporanea continuazione della gestione dell'esercizio pubblico, d'altro canto è necessario sottolineare che non sono gli organi della procedura che si devono preoccupare di garantire la continuità del servizio, ma l'ente pubblico titolare dello stesso, costituendo l'esercizio provvisorio solo uno strumento utilizzabile per non interromperne nell'immediato la gestione, interruzione che, tuttavia, potrebbe tranquillamente essere altrimenti evitata da una tempestiva attivazione dell'ente pubblico che provveda, prima della dichiarazione di fallimento, alla risoluzione del contratto e ad un nuovo affidamento”.

corretta applicazione della legge fallimentare è “il” compito del tribunale), non pregiudichi la collettività che di quel determinato servizio beneficia (garantire la fruibilità del servizio è “il” compito dell’ente che ne è titolare). Pertanto, con riferimento all’art. 104, co. 1 l. fall., sembra riduttivo (e forse addirittura errato, alla luce di quanto detto finora) parlare di un contrasto insanabile tra esigenze della collettività ed esigenze dei creditori, tra pubblico e privato, per poi stabilire – arbitrariamente – chi la spunta⁵²⁵.

2.3.4. Una questione non direttamente affrontata dalla Cassazione: l’applicazione analogica dell’articolo 1, comma 1 della legge fallimentare.

Quanto affermato dai giudici della Suprema Corte è di per sé sufficiente a scardinare il metodo c.d. “funzionale”.

Tuttavia, volendo sottoporre quest’ultimo a una critica punto su punto, è d’obbligo spendere qualche parola sull’applicazione analogica dell’art. 1 l. fall., tappa importante nel percorso che porta ad escludere dal fallimento le società a partecipazione pubblica c.d. “necessarie”.

Come chiarito dalla più attenta dottrina⁵²⁶, l’approccio “funzionale” si rivela fragile – tra le altre cose – anche in punto di tecnica interpretativa, proprio laddove richiama l’istituto dell’*analogia iuris* per giustificare l’allargamento dell’area di esonero dal fallimento alle società a partecipazione pubblica c.d. “necessarie”, in considerazione della natura dell’attività esercitata e degli interessi coinvolti. In

⁵²⁵ Cfr. G. D’ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, op. cit., p. 347, ove, appena prima di mettere fuori gioco l’art. 104 l. fall., si osserva che “l’interesse dei creditori a beneficiare del rimedio dell’esecuzione concorsuale” è certamente “un interesse meritevole di tutela”; tuttavia, “in una valutazione comparativa tra l’interesse privato dei creditori e l’interesse pubblico alla continuità nello svolgimento del servizio, pare prevalente il secondo, così che l’esenzione dal fallimento della società in mano pubblica necessaria si presenta giustificata”. *Contra*, E. SABATELLI, *L’esercizio provvisorio dell’impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. “sociali”*, op. cit., p. 134, la quale sottolinea, in nota 18, come in un inciso della Relazione di accompagnamento (pur se riferito al comma 2 della disposizione per un’evidente svista dei redattori) si precisi che l’aspetto più significativo dell’innovazione normativa è dato dalla circostanza per cui l’istituto dell’esercizio provvisorio “risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di un’utile conservazione dell’impresa ceduta nella sua integrità o in parte”.

⁵²⁶ Cfr. E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 370; L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, op. cit., p. 549; E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 8.

particolare, si è osservato che “l’esclusione degli imprenditori commerciali enti pubblici dal fallimento è norma di carattere speciale, introdotta in funzione derogatoria rispetto a quella generale che sottopone alla procedura tutti gli imprenditori commerciali che superino le soglie di cui al secondo comma dell’art. 1 ed è pertanto insuscettibile di applicazione analogica”. Non solo: “anche a non voler ammettere il carattere di specialità della norma, peraltro evidenziato nella relazione del Guardasigilli al r.d. 267/1942 (art. 4), non può non rilevarsi come tale esonero si fonda non sulla natura dell’attività esercitata dall’ente o gli interessi coinvolti nell’attività medesima bensì sul riconoscimento del soggetto esercente come «ente pubblico»; il che rende la scelta interpretativa di prescindere dalla qualificazione del soggetto come arbitraria”⁵²⁷.

Quest’ultima sottolineatura è importante: l’esenzione dal fallimento prevista per gli enti pubblici è il riflesso della volontà di lasciare in capo alla pubblica amministrazione la competenza esclusiva a decidere dello scioglimento di determinati soggetti, che sono pubblici in conseguenza di una scelta positiva, ma non certo in ragione dell’attività (seppure, comunque, d’interesse generale) da essi svolta. L’art. 1 l. fall., quindi, non appare suscettibile di applicazione analogica ad enti che siano espressamente definiti società per azioni⁵²⁸.

Oltretutto, al rilievo per cui l’esenzione dal fallimento prevista dall’art. 1 l. fall. costituisce norma speciale – o eccezionale, secondo la dicitura dell’art. 14 delle

⁵²⁷ Così, E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, op. cit., p. 370, le cui osservazioni sono riprese e fatte proprie da E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 8: “non solo il carattere speciale dell’esenzione ex art. 1, l. fall., la renderebbe non suscettibile di applicazione per analogia a fattispecie non espressamente contemplate, ma una sua estensione anche alle società partecipate presupporrebbe [...] che la riqualificazione di queste ultime in enti pubblici sia effettuata da parte della legge (quanto meno in modo esplicito) e non arbitrariamente dall’interprete”. Aggiunge l’Autrice: “non a caso, anche presso quegli ordinamenti che prevedono analoga esenzione la stessa viene interpretata in senso restrittivo e, in ogni caso, non è riferita alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici” (nello specifico, in nota 19 viene analizzata la *ley concursal* spagnola n. 22/2003).

⁵²⁸ In questi termini, L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, op. cit., p. 549, il quale aggiunge che, al contempo, “la continuità dell’attività di cura di interessi pubblici (soprattutto, con riferimento alla materia dei servizi pubblici locali) dovrebbe oggi ritenersi garantita da specifiche discipline, che prescindono dall’applicazione di istituti di privilegio quali l’esenzione dal fallimento” (p. 550). Tali considerazioni sono riprese in sede di conclusioni (p. 563): “sembra quindi che il temperamento fra tutela dei creditori e necessità di efficiente gestione del servizio non vada cercato nell’applicazione di istituti di privilegio, tipicamente previsti per enti pubblici, che operano sul piano dell’attività (come l’esenzione dal fallimento), ma piuttosto nella specifica disciplina dei beni pubblici destinati all’erogazione del pubblico servizio”.

Disposizione sulla legge in generale⁵²⁹ –, come tale insuscettibile di applicazione analogica, se ne può aggiungere un altro. Infatti, a parere di chi scrive, mancano i presupposti perché si possa anche soltanto immaginare il ricorso all’analogia. Proviamo ora a spiegare perché.

Come noto, l’interpretazione analogica è criterio utilizzabile in presenza di una lacuna nell’ordinamento: vi si può far ricorso, cioè, solo qualora una data fattispecie sia sprovvista di un’espressa disciplina normativa⁵³⁰. L’analogia, proprio per questa sua capacità di colmare le lacune presenti nell’ordinamento, è normalmente annoverata fra gli strumenti di integrazione giuridica: mentre “le attività strettamente interpretative [...] conducono alla determinazione, attribuzione di un significato ad una disposizione normativa”, le “attività integrative [...] conducono all’attribuzione di una conseguenza giuridica ad una fattispecie passando per la, ma non limitandosi alla, determinazione, attribuzione di significato ad una disposizione normativa”⁵³¹.

Di conseguenza, fondamentale è la constatazione di una lacuna⁵³², per tale intendendosi la situazione in cui a una fattispecie astratta – vale a dire una classe di

⁵²⁹ L’art. 14 delle cosiddette Preleggi – rubricato *Applicazione delle leggi penali ed eccezionali* – prevede che “Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerate”. Quando una norma possa dirsi “regolare” o “eccezionale”; se esista una differenza tra norma “eccezionale” e norma “speciale”; se una norma “speciale” sia sottratta al divieto di cui all’art. 14 cit., sono tutte questioni molto dibattute. Tuttavia, si segnala che la presa in carico dell’intera formulazione di tale articolo, che include le regole generali e le altre leggi come norme in grado di subire eccezioni, ha indotto a ritenere che tra le numerose teorie dell’eccezionalità in campo “appare dunque preferibile quella che concepisce la norma eccezionale come norma derogativa, non già nei confronti di un principio generale o fondamentale o supremo dell’ordinamento, bensì della norma (più generale) della propria fattispecie, di quella norma cioè che, qualora la norma derogativa mancasse, si applicherebbe in sua vece alla fattispecie medesima. Secondo una tale teoria, le norme eccezionali non si distinguono però da quelle speciali, perché il punto di vista prescelto è quello della loro incidenza sull’estensione della forza prescrittiva o costitutiva (efficacia) delle norme regolari o generali alle quali si oppongono”: così, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2009, p. 391. A questa stregua, ciò che rileva è che vi sia una deroga, e non anche il modo in cui essa avviene: per tale osservazione, e per una più generale riflessione sul tema, cfr. V. VELLUZZI, *Commento agli artt. 12, 13 e 14 delle Disposizioni sulla legge in generale*, in *Delle persone*, vol. I, *Disposizioni sulla legge in generale e art. 1-10 c.c.*, a cura di A. BARBA-S. PAGLIANTINI, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, 2012, p. 216 e ss., in part. p. 277 e ss. Pare riferire l’attributo di “speciale” o di “eccezionale” senza distinguere, S. LEONE, *Il sistema delle fonti del diritto*, in *Nozioni di diritto costituzionale*, a cura di N. ZANON, 2007, p. 10; di conseguenza, nemmeno le norme speciali sono suscettibili di applicazione analogica.

⁵³⁰ Cfr. S. LEONE, *Il sistema delle fonti del diritto*, in *Nozioni di diritto costituzionale*, op. cit., p. 9. In aggiunta, si vedano le voci *Analogia* e *Lacune*, in *Enciclopedia Garzanti del diritto*, op. cit., rispettivamente, p. 60 e p. 700.

⁵³¹ In questi termini, V. VELLUZZI, *Commento agli artt. 12, 13 e 14 delle Disposizioni sulla legge in generale*, op. cit., p.281.

⁵³² Punto condiviso da giuristi, giudici e teorici del diritto, seppur muovendo da nozioni di analogia e di lacuna differenti. V., *ex multis*, L. CAIANI, *Analogia (teoria generale)*, voce in *Enc. dir.*, 1958, II,

casi cui è riconducibile il caso sottoposto a giudizio – non è possibile riconnettere, in via interpretativa, una conseguenza giuridica⁵³³.

Il co. 2 dell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale presuppone, quindi, l'individuazione di una lacuna (l'assenza di “una precisa disposizione” nelle parole usate dal legislatore) e indica in sequenza gli strumenti utili a colmarla: il ricorso a casi simili o a materie analoghe e ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato; rimanda, quindi, all'analogia giuridica nelle sue due varianti *legis* e *iuris*, sulle quali però non interessa soffermarsi. Ciò che mette conto evidenziare in questa sede è il metodo: “in ambito giuridico si ragiona per analogia al fine di stabilire se due classi di casi meritino o meno il medesimo trattamento attraverso una comparazione delle somiglianze e differenze tra le classi di casi in questione: la rilevanza delle somiglianze determina l'equiparazione del trattamento giuridico, mentre la rilevanza delle differenze determina la negazione dell'equiparazione del trattamento giuridico. Per mezzo dell'analogia, quindi, a una fattispecie non regolata [...] viene attribuita la medesima conseguenza giuridica prevista da una norma che regola una fattispecie simile in maniera rilevante (e quindi dissimile in maniera irrilevante) a quella non regolata”⁵³⁴.

Fatte queste premesse, è giunto il momento di applicare quanto detto finora al tema che ci interessa, vale a dire l'assoggettabilità o meno al fallimento delle società a partecipazione pubblica.

Per prima cosa dobbiamo individuare le due “classi di casi”. L'operazione è piuttosto semplice: da un lato, abbiamo l'imprenditore “ente pubblico”; dall'altro, l'imprenditore “società a partecipazione pubblica”.

p. 349: “perché si abbia ricorso all'analogia è necessario quindi: 1) che manchi una norma giuridica positiva e vigente atta a qualificare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere”.

⁵³³ Per questa nozione generale, v. V. VELLUZZI, *Commento agli artt. 12, 13 e 14 delle Disposizioni sulla legge in generale*, op. cit., p. 282, il quale fornisce anche una classificazione elementare delle lacune: “se ciò che manca è una regolazione *tout court*, si ha una lacuna normativa in senso stretto o proprio. Se invece manca una norma la cui esistenza sia condizione necessaria per l'efficacia di un'altra norma, si ha una lacuna tecnica o teleologica. Ove invece la mancanza consista nell'assenza non di una qualsivoglia regolazione, bensì di una disciplina reputata giusta o adeguata, si ha una lacuna assiologica”. Come osservato dall'A. (p. 283), l'analogia “è in grado di interferire con tutti e tre i tipi di lacuna”.

⁵³⁴ Così, ancora, V. VELLUZZI, *Commento agli artt. 12, 13 e 14 delle Disposizioni sulla legge in generale*, op. cit., p. 284; si vedano anche i riferimenti bibliografici riportati dall'A. in nota 175, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

Individuate le due “classi di casi”, per applicare analogicamente l’art. 1 l. fall. è necessario che una delle due non sia disciplinata/regolata dal punto di vista specifico dell’insolvenza; in altri termini, occorre verificare se vi sia una lacuna, presupposto indefettibile del ragionamento analogico. Per quanto riguarda la fattispecie dell’imprenditore “ente pubblico”, questa è certamente disciplinata/regolata dal punto di vista specifico dell’insolvenza: sia dalle norme di carattere particolare contenute nelle leggi istitutive dei singoli enti, che normalmente prevedono una loro sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa in caso di dissesto; sia dalle norme di carattere generale riferite a tale categoria e sparse dappertutto nell’ordinamento, come appunto l’esonero dal fallimento, contenuta nell’art. 1, co. 1, l. fall. Per quanto riguarda, invece, la fattispecie dell’imprenditore “società a partecipazione pubblica”, anche questa è disciplinata/regolata dal punto di vista specifico dell’insolvenza: sia dalle norme del codice civile in tema di impresa (in particolare, dall’art. 2221 c.c.), sia da quelle contenute nella legge fallimentare⁵³⁵.

In definitiva, tra le fattispecie esaminate, non ve n’è alcuna che sia priva di disciplina. Difetta, perciò, una lacuna normativa in senso proprio⁵³⁶. Ciò significa che non può farsi luogo ad applicazione analogica dell’art. 1 l. fall.

Si potrà discorrere, tutt’al più, di una lacuna assiologica⁵³⁷; ma l’inadeguatezza delle norme previste dal c.c. e dalla l. fall. per la società a partecipazione pubblica insolvente sarà tutta da dimostrare, fermo restando che non potranno riproporsi

⁵³⁵ In sintesi, alla società a partecipazione pubblica si applica lo statuto dell’imprenditore commerciale, come ricordato da App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, cit., p. 1292: con riferimento ad Astir S.p.A. (la società della cui assoggettabilità al fallimento e al concordato preventivo si discute), i giudici napoletani affermano che “la scelta del modello organizzativo della società integra la sua natura di imprenditore commerciale e l’applicazione del relativo statuto, qualsiasi sia l’attività economica svolta”. Peraltro, si noti che la stessa Cassazione, nella sentenza in commento, sottolinea che “non è possibile enucleare, in via descrittiva, uno statuto unitario delle società in mano pubblica, le quali (come può accadere anche a società a capital interamente privato) sono assoggettate alle normative pubblicistiche nei settori di attività in cui assume rilievo la natura pubblica dell’interesse perseguito [...] senza che per questo possa predicarsene l’appartenenza ad un *tertium genus*, qualificabile come società-ente, sottratto *in toto* al diritto comune”. Quasi superfluo è il richiamo al noto passo della Relazione al codice civile, n. 998, in cui si dice che è il pubblico a sottomettersi alle regole del privato.

⁵³⁶ Intendendosi per “lacuna normativa in senso proprio” la situazione in cui si riscontra una mancanza assoluta di regolazione: v. *supra*.

⁵³⁷ In proposito, R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, interpretazione*, in ID., *Nuovi studi sull’interpretazione*, 2008, p. 98, osserva che “una lacuna assiologica [...] non consiste [...] nella mancanza di una norma senza ulteriori specificazioni. Ciò che manca non è una norma che disciplini la fattispecie [...] giacché tale fattispecie in realtà è disciplinata. Ciò che manca è una norma soddisfacente o «giusta» e, più precisamente, una norma «differenziatrice», ossia una norma che disciplini diversamente una fattispecie che all’interprete appare diversa, cioè appunto meritevole di una disciplina distinta”.

argomentazioni fondate su elementi già censurati dalla Cassazione, come ad esempio il carattere necessario della società per l'ente pubblico socio, quale conseguenza della cura di interessi pubblici. Oltretutto, pur immaginando di riuscire a dimostrare l'inadeguatezza delle norme previste dal c.c. e dalla l. fall. – e così l'esistenza di una lacuna –, occorrerà fare i conti col fatto che l'applicazione analogica dell'esenzione prevista dall'art. 1 l. fall. per l'ente pubblico alla società a partecipazione, non può comportare un'automatica estensione a quest'ultima del regime dettato per l'insolvenza del primo: basti pensare al fatto che è la legge a stabilire caso per caso le imprese soggette a l.c.a. (art. 2 l. fall.). La conseguenza sarebbe paradossale: anziché colmare le lacune, l'analogia finirebbe per aprirne di nuove⁵³⁸.

2.4. I fondamentali principi enucleati dalla Cassazione e la loro applicazione.

2.4.1. Il rispetto dei principi di uguaglianza e di affidamento dei terzi; il rispetto delle regole di concorrenza tra operatori economici.

Il passaggio più interessante della decisione è certamente quello finale: “deve dunque concludersi, secondo quanto è stato correttamente rilevato in dottrina, che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole

⁵³⁸ Cfr. L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, op. cit., p. 563, il quale, dopo aver concluso “l'applicazione dell'art. 1 l. fall. a società per azioni, più che costituire una deviazione dalla disciplina del tipo prescelto, rappresenta piuttosto un'inammissibile forzatura di un dato normativo previsto esclusivamente per soggetti diversi dalle società per azioni”, in nota 119 osserva che ciò è vero “tanto più ove si consideri che l'esenzione dal fallimento è preordinata, di regola, alla successiva sottoposizione degli enti pubblici economici alla liquidazione coatta amministrativa (senza che all'autorità giudiziaria sia riservata la competenza a dichiarare lo stato di insolvenza, a norma dell'art. 195 l. fall.). Non potendosi prospettare analogo esito per le società a partecipazione pubblica, in ragione del principio di tipicità che governa l'individuazione dei soggetti sottoposti a l.c.a. (ex art. 2 l. fall.) si pongono delicati problemi di tutela degli interessi coinvolti [...] che rendono oltremodo implausibile propugnare l'applicazione analogica dell'art. 1 l. fall. nei confronti di società a partecipazione pubblica”.

della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità⁵³⁹.

Per ammissione della stessa Cassazione, nel percorso tracciato dalla sentenza in esame, la dottrina ha avuto un ruolo maieutico, nel senso letterale del termine: ha aiutato i giudici di legittimità a “partorire” i suddetti principi. Vale pertanto la pena soffermarsi sulle indicazioni pervenute dai più attenti studiosi che si sono soffermati sul tema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica.

Il primo fondamentale passo ha sicuramente coinciso con la presa di coscienza del fatto che, quando si parla di insolvenza di una società a partecipazione pubblica, “l’interesse oggetto di valutazione non si esaurisce [...] nell’interesse pubblico coinvolto dall’attività della società, poiché vengono in rilievo interessi ulteriori”. Più nello specifico, ci si è resi conto che dalla scelta del legislatore di permettere l’esercizio di una data attività ad un soggetto costituito come società di diritto comune, “consegue che la società di diritto comune stipula con questa veste una serie di rapporti ed entra in relazione con un’ampia gamma di soggetti (dipendenti, fornitori, finanziatori, consumatori), che su di essa fanno affidamento”; “a questi soggetti, pena la violazione di eguaglianza e di affidamento, va riconosciuta la facoltà di avvalersi di tutti gli strumenti predisposti dall’ordinamento giuridico nel caso di insolvenza del debitore, che sia imprenditore commerciale, anche di quelli costituiti dal fallimento e dal concordato preventivo”. La somiglianza tra queste parole, pronunciate da Luigi Salvato nel 2010⁵⁴⁰, e quelle dei giudici di legittimità in Cass. n. 22209/2013 è notevole. Tuttavia, il discorso non è certo finito qui.

Sul piano degli interessi in gioco, è stata posta in luce anche la tutela della concorrenza, “che impone parità di trattamento tra quanti operano all’interno di uno stesso mercato, con le stesse forme e con le stesse modalità”. Pertanto, “una volta che il legislatore ha permesso ad una società di diritto comune di svolgere con tale veste

⁵³⁹ Così si chiude Cass. n. 22209/2013, aggiungendo soltanto che “le considerazioni sin qui svolte rendono superfluo l’esame delle questioni di fatto illustrate dalla ricorrente al fine di dimostrare la sua qualità di ente strumentale e necessario per la P.A.”.

⁵⁴⁰ Si tratta di affermazione contenute in L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 633. Sul punto, l’A. osserva anche che “la sottrazione ai creditori del rimedio dell’esecuzione concorsuale e la possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi mediante il ricorso alla sola esecuzione singolare deve [...] fare i conti sia con la questione dell’equipollenza dei due rimedi, sia con la tendenziale inidoneità del secondo a garantire la *par condicio creditorum*, con conseguente violazione dei principi di uguaglianza ed affidamento” (p. 634).

una determinata attività, essa deve operare nel rispetto delle regole del mercato, senza godere di privilegi e immunità fondati su elementi di ordine soggettivo, e cioè sul possesso, anche totalitario, del capitale sociale da parte di enti pubblici, ovvero correlati al carattere pubblico dell'interesse coinvolto dall'attività svolta"⁵⁴¹. Com'è stato giustamente osservato, se fosse vera – per esempio – la tesi dell'impossibilità di sottoporre a fallimento la società commerciale che gestisce un servizio pubblico di rilevanza economica (come nel caso di Asidev Ecologica s.r.l., affidataria in concessione della realizzazione e gestione di un impianto per lo stoccaggio e lo smaltimento di rifiuti solidi urbani), “ci si troverebbe dinanzi all'ipotesi di una società di capitali che, pur insolvente, non sarebbe soggetta ad alcuna forma di concorso, ma solo all'esecuzione individuale sei singoli creditori”⁵⁴². Tale conclusione, oltre a penalizzare i creditori⁵⁴³, “potrebbe portare ad una grave distorsione del mercato,

⁵⁴¹ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 634. Anche qui, la somiglianza con le parole della Cassazione è notevole.

⁵⁴² Così, S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, op. cit., p. 322.

⁵⁴³ Cfr. A. CASTAGNOLA, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Anal. giur. ec.*, 2004, p. 245 e ss., sottolinea i seguenti caratteri differenziali connotanti una maggior tutela dei creditori nel processo fallimentare: 1) “i creditori concorsuali non subiscono il concorso dei creditori divenuti tali dopo l'inizio della procedura”, ossia “il fallimento crea un vincolo a porta chiusa, laddove il pignoramento crea un vincolo a porta aperta”; 2) “l'entità del patrimonio aggredibile è di gran lunga maggiore, rispetto all'entità del patrimonio assoggettabile ad esecuzione individuale”, sia con riguardo ai beni di cui risulta titolare il debitore sin dall'inizio del procedimento, sia con riguardo ai beni di terzi assoggettati all'esecuzione in forza della c.d. “ricostruzione” del patrimonio del debitore stesso (in specie mediante l'esperienza delle azioni revocatorie fallimentari, che hanno oggetto più ampio e forti agevolazioni probatorie rispetto alla revocatoria ordinaria; e tenendo altresì conto che la natura pubblica della sentenza dichiarativa di fallimento preclude radicalmente dopo di essa atti dispositivi del fallito opponibili alla massa dei creditori); 3) nel processo esecutivo individuale “gli oneri per il creditore procedente sono infinitamente maggiori che nel fallimento”, ove invece è il curatore che se li assume (specie quello di individuare i beni aggredibili, per il quale è facilitato dalle scritture contabili), e, più ampiamente, il primo processo è dominato dal principio dell'impulso di parte (“in mancanza del quale esso si estingue”), mentre il secondo ha carattere officioso; 4) il processo fallimentare non può mai essere sospeso in caso di opposizione; 5) i creditori concorsuali godono altresì della tutela penale rafforzata correlata alla disciplina dei reati fallimentari, che colpiscono in maniera più severa i comportamenti illeciti e distrattivi, successivi all'inizio della procedura (cfr. l'art. 216 l. fall. rispetto all'art. 388 c.p., in tema di alienazione di beni pignorati), ma anche quelli antecedenti. È convinto del fatto che il fallimento garantisca una maggior tutela dei creditori (rispetto all'esecuzione individuale) anche N. RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, op. cit., p. 149 e ss. In particolare (p. 185 e ss.), l'A. osserva che “non tutti sono d'accordo circa il fatto che le procedure esecutive individuali si rivelino sempre in concreto meno preferibili di una procedura concorsuale «universale» dal punto di vista dei creditori, se non altro di quelli più solerti. Ciò pare valere soprattutto per le banche [...] Piuttosto, il principale profilo differenziale è sempre stato ritenuto il fatto che, in raffronto all'esecuzione forzata ordinaria, nella procedura fallimentare al soddisfacimento fosse perseguita attuando in misura più marcata il principio della *par condicio creditorum*, stabilmente pervadente la formulazione originaria della disciplina del fallimento di cui al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, al fine di evitare un'affannosa gara di velocità fra i creditori del commerciante insolvente”. Ebbene, nonostante gli

perché la società potrebbe continuare ad operare, pur in una situazione di insolvenza conclamata, finanziando la gestione del servizio con le perdite dell'attività, nella sicurezza di non poter essere eliminata dal mercato con una domanda di fallimento⁵⁴⁴. Ebbene, una situazione del genere ha come effetto proprio la violazione della parità

“attacchi” subiti dalla regola della *par condicio creditorum* nel corso degli anni (comprese le vulnerazioni recate dalla riforma 2005-2007), il suo rispetto risulta ancora perseguito; “pertanto, rimane fermo che il fallimento persegue una tutela rafforzata e su basi paritarie dei creditori in termini più marcati che nell'espropriazione forzata individuale”. Questa, dunque, la conclusione dell'A.: “la disciplina del fallimento risulta meno energica del passato nel tutelare i creditori anteriori e la *par condicio creditorum*, ma considera quest'ultima ancora come il valore primario da rispettare anche nei frangenti in cui cerca di favorire la salvaguardia dell'azienda (cfr. art. 104 legge fallim.). Rimane insomma tutto sommato un ideale «filo di giunzione» con la funzione storica dell'istituto”.

⁵⁴⁴ “[*segue*] almeno fintantoché i soci non decidano autonomamente di porla in stato di liquidazione, o gli amministratori non accertino l'esistenza dello stato di liquidazione per perdita del capitale sociale, o le esecuzioni individuali non ne determinino l'impossibilità di continuare ad operare per l'azzeramento del proprio patrimonio (tenendo conto, tuttavia, che reti ed impianti potrebbero essere di proprietà dell'ente pubblico socio e, quindi, non sottoposte al pignoramento dei creditori sociali, con conseguente possibilità di perpetuare in un tempo indefinito l'indebitamento) o non intervenga una revoca dell'affidamento del servizio pubblico da parte dell'ente titolare”: così, ancora, S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, op. cit., p. 322.

fra imprese pubbliche e private⁵⁴⁵ (le seconde fallibili, le prime no⁵⁴⁶). Non solo: trattandosi d'impresе organizzate sotto forma di società, è violato anche il principio di parità di trattamento tra soci⁵⁴⁷, poiché si permette al socio pubblico di dirottare

⁵⁴⁵ Cfr. sempre S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, op. cit., pp. 322-323: “tale situazione ha come effetto proprio la violazione della parità fra imprese pubbliche e private, perché queste ultime – in una simile situazione – sarebbero obbligate a porre immediatamente in liquidazione la società per cercare di contenere la perdita del patrimonio investito, ed in difetto potrebbero andare incontro ad un'esecuzione concorsuale, mentre le imprese pubbliche, che a tale rischio non sarebbero in ipotesi soggette, , potrebbero continuare a lavorare in perdita, stante il fatto che i suoi soci (gli enti pubblici) sono sicuri che, in ogni caso, il servizio pubblico non potrebbe essere loro espropriato; cosicché, fintantoché non intervenga una delle ipotesi sopra indicate [vedi la nota precedente, ndr], il servizio pubblico sarebbe finanziato dai creditori”. Prosegue l'A.: “la situazione che si verrebbe a determinare violerebbe l'intento del legislatore comunitario che, con la [...] direttiva n. 723 del 1980, ha chiaramente individuato come finalità dell'ordinamento degli stati membri il trattamento paritario fra imprese pubbliche ed imprese private, con lo scopo di garantire che la concorrenza nel mercato sia effettivamente libera”. Tale direttiva, come noto, fu subito impugnata da alcuni Stati membri (tra cui l'Italia) e la risposta della Corte arrivò nel 1982 (Cause riunite da 188 a 190/80, *Repubblica Francese, Repubblica Italiana e Regno Unito contro Commissione*, sent. 6 luglio 1982, in *Racc.*, 1982, p. 2545 e ss.): commentando tale sentenza, C. MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI, op. cit., p. 29 e ss., in part. p. 35 e ss., osserva che essa “pare [...] anticipare in qualche modo il noto dibattito in seno alla dottrina italiana tra chi sostiene che l'interesse pubblico di cui è portatrice l'autorità pubblica azionista debba essere qualificato come interesse esterno alla società, e coloro che invece credono che esso faccia superare i limiti ed i condizionamenti che derivano all'azione pubblica dalla forma giuridica della società per azioni, superando lo stesso interesse al profitto in favore di più generali criteri di politica economica [...] E' tuttavia evidente che la Corte non pensi affatto ad un superamento dell'assioma dell'interesse al profitto nel caso di impresa pubblica, ma anzi al contrario chiaramente esprima la convinzione che l'impresa, anche se pubblica, debba soggiacere alle logiche di mercato (quelle che stanno alla base del diritto della concorrenza e che pongono l'interesse al profitto a fondamento dell'intera impalcatura non solo economica ma anche sociale del mercato), rispettando completamente l'assetto organizzativo e le finalità della società (di capitali) secondo lo schema privatistico. Subendo anzi delle limitazioni qualora l'interesse pubblico rischi di compromettere l'applicazione dello statuto sociale”.

⁵⁴⁶ Peraltro, c'è chi – come L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., pp. 634-635 – non manca di sottolineare che, nell'attuale contesto normativo, la sottrazione di determinate società al fallimento non è inevitabilmente qualificabile come privilegio, ma può anche costituire un pregiudizio. L'A. appena menzionato, infatti, osserva che “nel sistema originario della legge concorsuale, il fallimento e, in larga misura, lo stesso concordato preventivo, costituivano strumenti preordinati all'eliminazione dell'impresa dal mercato, in vista della tutela della *par condicio creditorum*. A seguito della recente riforma, caratterizzata dall'abbandono del panprocessualismo che connotava il sistema originario della legge fallimentare, dall'inserimento di elementi di contrattualismo e dall'incentivazione della «disintermediazione giudiziaria» delle crisi, le procedure concorsuali diverse dalla l.c.a. sono preordinate anche a garantire il salvataggio dell'azienda e la prosecuzione dell'attività, grazie alle possibilità offerte per scongiurare il fallimento. Inoltre, almeno per la società pubblica che faccia ricorso al credito ordinario, il diritto fallimentare costituisce anche uno strumento che permette ai finanziatori di sorvegliare ed indirizzare l'operato del *management*, rivelandosi in grado di concorrere a garantire l'efficienza dell'impresa e, appunto per questo, l'interesse pubblico”.

⁵⁴⁷ Cfr. F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, op. cit., p. 398 e ss., pur essendo utilizzato come argomento sostegno della (permanente) lucratività delle società a partecipazione pubblica, il principio di parità di trattamento tra azionisti nel diritto comunitario è sviscerato puntualmente dall'Autore. In particolare, l'analisi svolta porta a concludere che (p. 405 e ss.) “qualunque pretesa di attribuire al socio

l'attività della società alla soddisfazione di un suo particolare interesse, in contrasto con quello comune lucrativo e, così, di carattere extrasociale⁵⁴⁸. In effetti, è difficile negare l'astratta rilevanza, per il nostro discorso, del principio di parità di trattamento, da taluno addirittura individuato come fondante dell'intero diritto comunitario societario⁵⁴⁹.

In definitiva, la migliore dottrina ha più volte ricordato che l'estensione dell'area di esenzione dalla procedura fallimentare è potenzialmente lesiva di numerosi

pubblico la capacità di trasformare in senso pubblicistico la società cui partecipa risulta [...] di assai dubbia legittimità: in effetti, è difficile immaginare un peggior fattore di dissuasione per l'investitore privato (e quindi una più discutibile lesione del principio di libertà di investimento) di quello derivante da una regola la quale, in contrasto con la parità di trattamento tra azionisti e quindi in alterazione del normale rapporto di proporzionalità tra diritti patrimoniali-sociali e capitale investito, assicurasse generalmente (e, per di più, in un modo, *a priori*, sostanzialmente imprevedibile) al pubblico il potere di strumentalizzare la società ai propri interessi particolari, in lesione delle aspettative economiche degli altri soci". "Insomma, una pretesa, generica, funzionalizzazione pubblicistica delle società in mano pubblica, posta alla base di un'ipotetica liceità della pretesa del socio pubblico di far prevalere i suoi particolari interessi ove in contrasto con quelli patrimoniali comuni a tutti i soci (attuali e potenziali), appare, anche in ragione della assenza di ogni copertura-predeterminazione legale e quindi della pressoché assoluta genericità ed imprevedibilità delle sue modalità di concreto funzionamento, in inevitabile contrasto con il principio di libertà di circolazione dei capitali, come interpretato dai giudici comunitari. Per la stessa ragione, confligge con lo stesso art. 43 della seconda direttiva [di armonizzazione del diritto societario n. 77/91/CEE, *ndr*], che ammette sì diversità di trattamento, ma esclusivamente per differenti categorie di azionisti, legalmente (e ragionevolmente) predeterminate".

⁵⁴⁸ Sulla extrasocialità della finalità pubblicistica, con speciale chiarezza, G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 43 e ss.

⁵⁴⁹ Cfr. P. G. JAEGER, *Privatizzazioni. Profili generali*, voce in *Enc. giur. Treccani*, 1995, XXIV, p. 5, secondo cui "il diritto comunitario delle società, come risulta dalle direttive già adottate e da quelle che sono ancora allo stato di proposta, si fonda sul principio di eguaglianza degli azionisti. Il principio è formalmente riconosciuto dalla II Direttiva e prima ancora dal Trattato di Roma, all'art. 54, n. 3, lett. g)". Sul punto anche G. LA VILLA, *Introduzione al diritto europeo delle società*, 1996, p. 73, che ricorda come il principio in parola ritorni "in tutta la normativa comunitaria sui valori mobiliari"; nonché L. SALERNO, *Golden shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 671 e ss., secondo cui gli obiettivi primari del diritto comunitario delle società "postulano la parità di trattamento, sia pure intesa come garanzia di un livello minimo di tutela dei soci e dei terzi, in tutti gli Stati membri e che non vengono meno, come più volte ribadito dalla Corte di giustizia, a fronte di discipline interne riguardanti «situazioni eccezionali»". In proposito, merita di essere ricordato il documento intitolato *Applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE [poi 87 ed 88 TCE ed oggi 107 e 108 TFUE] alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese* (Bollettino CE 9-1984), con cui è stato predisposto una sorta di decalogo di cosa un investitore privato operante nelle normali condizioni di un'economia di mercato reputerebbe "accettabile" o "inaccettabile"; al riguardo, C. MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, op. cit., p. 40, osserva che dalle brevi indicazioni di parametri contenute in tale documento "emerge come l'azionista pubblico non solo non possa in via generale far prevalere un interesse non economico nell'esercitare i propri diritti di azionista, ma non possa neppure adottare logiche di mercato che esolino dal profitto, o per lo meno dalla redditività specifica dell'investimento". Infine, in tempi più prossimi ai nostri, il principio di parità di trattamento è stato riaffermato, quanto all'esercizio del diritto di voto nelle società quotate, dalla direttiva 07/39/CE, il cui art. 4 prescrive che "La società assicura la parità di trattamento di tutti gli azionisti che si trovano nella stessa posizione per quanto concerne la partecipazione e l'esercizio dei diritti di voto in assemblea".

interessi, i quali, pur essendo diversi da (e in contrasto con) quelli dell'ente pubblico che partecipa alla società, nondimeno sono meritevoli di tutela⁵⁵⁰.

Per inciso, depone a favore del risultato raggiunto dalla Cassazione nella sentenza in commento il fatto che la novella del diritto societario e del diritto fallimentare, in linea con l'originaria concezione e nonostante la proliferazione delle società a partecipazione pubblica, abbiano confermato la riconducibilità di queste a quelle di diritto comune, conservando la lettera dell'art. 1, co. 1 l. fall., che non menziona le società a partecipazione pubblica⁵⁵¹.

Prima di volgere al termine, occorre spendere qualche parola su un tema che sarà toccato anche più avanti nel corso della trattazione⁵⁵², legato all'affidamento dei soggetti che entrano in rapporto con società a partecipazione pubblica. Uno fra i più attenti studiosi del fenomeno delle società partecipate da enti pubblici ha correttamente rilevato che queste “attraverso un sistema di pubblicità appositamente istituito, dichiarano ai terzi la loro natura societaria e, conseguentemente, suscitano nei terzi il legittimo affidamento circa l'applicazione di un regime giuridico conforme al *nomen juris* dichiarato; affidamento che sarebbe disatteso ove il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da questa o quella disposizione pubblicistica; ma che disatteso non può essere, perché la società – che sia o no «di mercato» – è comunque destinata a entrare in contatto con i terzi”, atteso che “anche le società *in house* e le società strumentali stipulano contratti, acquistano beni, contraggono debiti”⁵⁵³. A generare

⁵⁵⁰ Cfr. L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., p. 635: “L'estensione dell'area di esenzione dalle procedure in esame [fallimento e concordato preventivo, ndr] può, in definitiva, vulnerare l'interesse dei creditori, l'interesse della società, ed anche l'interesse pubblico alla corretta e trasparente gestione, alla continuazione dell'attività ed al salvataggio dell'azienda. In tale contesto, la connotazione pubblica dell'interesse sotteso all'attività svolta dalla società, ovvero il carattere «necessario» del servizio che [...] ne imporrebbe la continuità di svolgimento, non sono appaganti per giustificare l'esenzione dalle procedure concorsuali”.

⁵⁵¹ Cfr. E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 9; nonché F. FIMMANO, *Il fallimento delle “società pubbliche”*, op. cit., p. 30. Quest'ultimo, inoltre, fa notare che “gli interessi tutelati dal fallimento non possono essere ristretti, specie a seguito della riforma, nell'ambito della mera tutela delle ragioni del ceto creditorio; e, anche ove così fosse, questa tutela è da considerare come un altissimo interesse pubblico in contrasto con gli interessi particolaristici sia del debitore sia dei singoli creditori”; “più in generale – prosegue l'Autore – la liquidazione concorsuale evita il propagarsi dell'insolvenza e consente una riallocazione delle risorse economiche non utilizzate, costituendo uno strumento di tutela dell'interesse generale e quindi l'area di esonero dalle ordinarie procedure concorsuali non può essere indebitamente estesa nel silenzio del legislatore”.

⁵⁵² *Infra*, capitolo III.

⁵⁵³ Così, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, op. cit., pp. 26-27, che prosegue: “deve dunque tenersi fermo che l'adozione della forma societaria – non importa se imposta da una norma di legge o se frutto della libera scelta di un soggetto pubblico, che decide di

l'affidamento dei terzi, dunque, non è solo la carta intestata utilizzata per la corrispondenza, recante il nome “s.p.a.” o “s.r.l.”, oppure il soggetto che si presenta come amministratore della tal società, e dichiara di agire in nome e per conto di essa. È il sistema di pubblicità legale istituito presso il registro delle imprese che, più di ogni altra cosa, suscita l'affidamento dei terzi. Esso costituisce un solido presidio a tutela del “diritto dell'impresa di operare in un contesto normativo certo”⁵⁵⁴ e, come tale, va tenuto in massima considerazione⁵⁵⁵. Fatte queste brevi osservazioni sulla rilevanza del registro delle imprese, ora si può veramente concludere.

Nel dibattito che si svolge tra gli studiosi e gli operatori del diritto pubblico è frequente l'enfasi riposta sull'interesse “pubblico” attorno al quale ruotano le società partecipate; dal che, effettuato il collegamento tra l'interesse in gioco e l'esigenza di un'interpretazione sostanziale delle norme che lo tutelano, scaturisce la giustificazione per l'applicazione di istituti di matrice pubblicistica alle società in questione e la ragionevolezza della deroga al regime civilistico⁵⁵⁶. Tuttavia, così come quelle norme “mirano a tutelare interessi pubblici e perciò cogenti, buona parte delle disposizioni che compongono il diritto societario e che riguardano la struttura delle società consistono in altrettante norme di ordine pubblico, rivolte a tutelare interessi assunti

costituire una società o di entrare nella sua compagine sociale – determina necessariamente l'applicazione del diritto societario [...] La soggezione ad una od altra disciplina pubblicistica, conseguentemente, sarà possibile solo – in assenza di specifiche disposizioni derogatorie – solo previa verifica della compatibilità fra questa e il diritto societario”. In nota 85, l'A. aggiunge: “fra i cultori del diritto commerciale, del resto, è ormai assodato – per effetto delle scelte legislative codificate nell'art. 2332 c.c. – che l'iscrizione nel registro delle imprese come s.p.a. (o come s.r.l. o come accomandita per azioni) è necessaria e sufficiente a richiamare lo statuto legale della s.p.a. (o come s.r.l. o come accomandita per azioni), eventuali difformità tipologiche comportando non la riqualificazione dell'ente, con conseguente mutamento di disciplina, bensì la nullità delle clausole incompatibili con la denominazione iscritta [...]; il che mi pare equivalga a dire anche che la denominazione iscritta respinge l'applicazione di «statuti» con essa incompatibili”. Condivide tali osservazioni, E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 6.

⁵⁵⁴ Espressione coniata dal legislatore e contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. c), l. 11 novembre 2011, n. 180, recante “Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese”.

⁵⁵⁵ Cfr. B. LIBONATI, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, Relazione al (già citato) Convegno *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Luiss-Assonime, Roma, maggio 2009, in www.assonime.it, p. 5 e ss., il quale precisa come la creazione di uno statuto speciale delle società a partecipazione pubblica, che comporti una deviazione anche totale dalle regole privatistiche, sia ammissibile solo in presenza di una legge *ad hoc* che istituisca uno speciale settore nel registro delle imprese, il quale indichi che non si tratta di società per azioni “ma di cosa fondamentalmente diversa”.

⁵⁵⁶ Cfr. F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, op. cit., p. 148, secondo cui “questo tipo di ragionamento ha le sue valide basi. Sennonché, sarebbe quanto meno opportuno accostarvi una considerazione”, che è esattamente quella riportata di seguito nel testo.

come pubblici, generali e parimenti cogenti. La società di capitali opera sul mercato e coinvolge le posizioni soggettive di imprenditori, risparmiatori, investitori e consumatori. Questa circostanza fa sì che il modello organizzativo, i tipi sociali e buona parte della disciplina sulle società siano inderogabili per l'esigenza di tutela degli interessi generali dei terzi e del mercato. Il punto naturale di riferimento dell'interprete allora deve (e non può che) essere la disciplina del codice civile. Ed è bene ricordare che ciò non è certo il frutto di un omaggio all'autonomia privata, bensì una conseguenza di norme imperative. Se la definizione può giovare (e senza voler legittimare confusioni definitorie) diremo anzi una conseguenza «di norme pubblicistiche»⁵⁵⁷.

Occorre dunque rifuggire impostazioni che vedono nell'interesse pubblico – da intendersi, a questo punto, in senso stretto, come interesse esclusivo dell'ente pubblico che partecipa alla società – un *totem*, a fronte del quale ogni altra istanza di tutela deve prostrarsi, cedendo il passo. Impostazioni influenzate da “una supposta esigenza di far prevalere la «sostanza» pubblica sulla «forma» privata, fondata sull'equivoco logico (un vero e proprio errore giuridico, in verità) che pretenderebbe di descrivere il diritto pubblico come il mondo della sostanza e delle garanzie e il diritto privato come quello dei rapporti di forza e dell'assenza di tutela”⁵⁵⁸. La Cassazione, con la sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013, pare intenzionata a dirci proprio questo: “nella realtà [...] diritto pubblico e diritto privato sono entrambi mondi di forma e sostanza, in cui alla forma scelta corrisponde sempre un sistema di regole puntuali sull'esercizio di diritti e poteri e sulla tutela verso quell'esercizio”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, pp. 148-149.

⁵⁵⁸ M. DUGATO, *Introduzione. La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, op. cit., p. 8.

⁵⁵⁹ In questi termini, di nuovo M. DUGATO, *Introduzione. La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, op. cit., p. 8.

2.4.2. *Il dibattito riguardante la natura delle società a partecipazione pubblica: i giudici di legittimità proseguono lungo la linea tracciata dall'articolo 4, comma 13 del decreto legge n. 95/2012.*

Nell'evocare i principi di uguaglianza, affidamento e di libera concorrenza, la Suprema Corte invita gli interpreti a operare una lettura costituzionalmente orientata delle numerose disposizioni normative che vengono usualmente evocate nell'annoso dibattito relativo alla individuazione della natura delle società a partecipazione pubblica⁵⁶⁰; invito che si pone decisamente in linea con le più recenti tendenze legislative, che paiono ben espresse dall'art. 4, co. 13 del d.l. n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012, ai sensi del quale "Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali"⁵⁶¹.

Come sottolineato da una pronuncia della Corte dei conti lombarda (in relazione ad una società mista locale), tale norma conferma, da un lato, che il socio pubblico deve rapportarsi con la società di capitali alla stregua di qualsiasi altro socio privato e, dall'altro, che il rapporto tra ente pubblico e società deve ritenersi "di assoluta autonomia", essendo obiettivo del legislatore "impedire che gli enti pubblici, operanti

⁵⁶⁰ In questi termini, P. PIZZA, *La Cassazione chiarisce che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento. Fine di un problema?*, op. cit., p. 3.

⁵⁶¹ L'importanza di tale norma è stata puntualmente colta a livello parlamentare, in particolare nel *Dossier* del Servizio Studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, n. 39, ove si osserva che "tale disposizione sarebbe volta "ad imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva «entificazione» di tali società, valorizzando la forma societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione". Non solo. Più volte essa è stata considerata quale norma di interpretazione autentica: v., ad es., il parere del Comitato per la legislazione del Senato sul disegno di legge n. 5389, nonché l'analisi riguardante *Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto legge* [n. 95/2012, ndr], svolta dal Servizio Studi della Camera – Osservatorio legislativo e parlamentare, ove si rileva che "numerose disposizioni sono formulate in termini di interpretazione autentica", includendo tra queste anche quella di cui all'art. 4, co. 13. In una circolare regionale tale previsione è, inoltre, stata definita quale "norma di chiusura" che "dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie": Regione siciliana, circolare 29 agosto 2012, prot. n. 5444, *Questioni applicative nell'ordinamento regionale dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135*.

a mezzo di società di diritto privato, agiscono con una razionalità estranea al mercato”⁵⁶².

A breve distanza di tempo, le Sezioni unite della Cassazione hanno osservato che l’art. 4, co. 13 cit. – oltre ad avvalorare il tradizionale insegnamento della stessa Corte per cui “le disposizioni del codice civile sulle società per azioni a partecipazione pubblica non valgono a configurare uno statuto speciale per dette società e che (alla luce anche di quanto indicato nella relazione al codice) la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta” – costituisce una vera e propria “norma di chiusura del sistema”, nel senso del carattere presuntivamente privatistico delle società partecipazione pubblica⁵⁶³.

Il rilievo dell’intervento legislativo è notevole, tanto da spingere qualcuno a parlare di “un significativo passo in avanti nella direzione del rafforzamento della appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica”⁵⁶⁴.

⁵⁶² Così, Corte conti, sez. contr. regione Lombardia, parere 27 dicembre 2012 n. 535, in www.amministrativistaonline.it, ove si legge che: “Detto in altri termini, avendo il Comune scelto di operare alla stregua di un socio di diritto comune, esso deve agire con la stessa razionalità economica, specie in considerazione del fatto che il rischio d’impresa è stato condiviso con dei privati, anche se soci di minoranza. In giurisprudenza, infatti, è stato ritenuto che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possieda in tutto o in parte, le azioni (Cass. civ., Sez. Un., n. 7799/2005; Cass. civ. Sez. Un., 17287/2006), giacché al Comune non è consentito incidere sull’attività della società mediante l’esercizio di poteri autoritativi o discrezionali diversi da quelli riconosciutigli dal codice civile, dal momento che il rapporto tra i due soggetti è di assoluta autonomia. A conferma di ciò, il Legislatore, *ad explicationem*, nell’ambito della recente riforma delle società strumentali delle pubbliche amministrazioni (art. 4 del D.L. n. 95/2012, conv. L. n. 135/2012) ha recentemente ribadito che: «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali» (comma 13)”.

⁵⁶³ In questi termini, Cass., S.U., 13 maggio 2013, n. 11417, in *Giur. it.*, p. 1243 e ss., che, al fine di chiarire gli obblighi di natura previdenziale gravanti su una società a capitale prevalentemente pubblico, attribuisce all’art. 4, co. 13 d.l. 95/2012 “un significato interpretativo confermativo”. Piena è, dunque, la consapevolezza del valore sistematico dell’intervento legislativo in parola e della sua conseguente capacità di suggerire puntuali risposte con riguardo ai principali profili di discussione in punto di regime giuridico delle società a partecipazione pubblica. Si noti che questa sentenza è stata ripresa, successivamente, da altre prese di posizione: Cass., sez. lav., 6 febbraio 2014, n. 2762 e Cass., sez. lav., 30 ottobre 2013, n. 24524, entrambe in www.dejure.it.

⁵⁶⁴ Così, F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 75, che prosegue: “se difatti il Codice civile, pur [...] affermando la generale soggezione delle società di capitali a partecipazione pubblica al diritto comune privatistico, poi non stabilisce direttamente alcuna regola interpretativa di prudenza rispetto a possibili scelte del legislatore speciale in senso pubblicizzante, oggi invece il legislatore offre, in via specificamente vincolante, ossia di c.d. interpretazione autentica, una simile regola; e ciò fa in una direzione schiettamente di chiusura rispetto a prospettive pubblicizzanti: le deroghe al diritto comune non possono essere ricostruite in via sistematica o comunque interpretando creativamente previsioni legislative in realtà quantomeno equivoche; occorre invece una volontà chiara

In altri termini, la citata previsione chiarisce in modo definitivo che la disciplina applicabile alla società in questione deve essere ricavata attraverso il rinvio al diritto comune societario e pone una presunzione in tal senso, laddove una diversa soluzione, che conduca all'applicazione di disposizioni di altra natura, sarebbe ammissibile solo se espressamente prevista dalla legge.

A tal stregua, pare quindi possibile rivedere in “senso privatistico” una serie di questioni concernenti la disciplina delle società a partecipazione pubblica⁵⁶⁵. In particolare, Elisabetta Codazzi trae dalla norma in questione un importante corollario sul piano del diritto fallimentare: secondo l'Autrice, non sono condivisibili “quelle

ed espressa. Nel dubbio, quindi [...] prevale la indicazione di cui alla Relazione al Codice: nelle partecipazioni pubbliche, è il pubblico che si piega al privato (ossia al diritto societario comune), non viceversa”. Lo stesso A., in ID., *La natura delle Società a partecipazione pubblica: norme nuove e questioni antiche*, quinto incontro del ciclo *Alla ricerca del filo di Arianna*, anno 2014 – TAR Lombardia in Milano, via Corridoni n. 39, reperibile in <https://air.unimi.it>, p. 9, aggiunge che “i teorizzatori della società ente pubblico non si daranno certo per vinti e hanno anzi già iniziato un'opera di contenimento del significato della previsione [...] Ma per chi, come me, crede ancora al valore del precepto legislativo, si tratta di un fondamentale tassello del diritto delle società in mano pubblica”. Tra i “teorizzatori” citati da Goisis, A. MASSERA, *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, in corso di pubblicazione sugli atti del Convegno AIPDA, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, tenutosi a Milano il 27-28 settembre 2013, parla di disposizione che “può valere per l'interprete [...] solo a indicare una prima chiave di lettura del regime di un organismo per il quale è assunto formalmente lo schema societario”. Riduttiva appare anche l'opinione di G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, 24 settembre 2012, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, p. 61, secondo cui “dal punto di vista sostanziale, la norma non ha una significata portata innovativa, essendo il principio espressione di una consolidata volontà del legislatore riconducibile [...] già alla relazione ministeriale al codice civile”. Che il c.c. avesse un'impostazione privatistica è indubbio, tuttavia mancava (e su questa carenza si era innestata una corposa tendenza pubblicizzante) una regola interpretativa espressa.

⁵⁶⁵ Cfr. E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 20 e ss. Secondo l'Autrice, tra le prime questioni da rivedere figura “quella del tradizionale conflitto tra interesse pubblico e interesse privato. Richiamare il diritto societario comune significa, infatti, rendere applicabili, non solo le disposizioni espressamente previste dalla legge, ma anche i principi generali dell'ordinamento societario, nonché la logica che presiede il rapporto tra soci (e quindi, sostanzialmente, il principio maggioritario), senza che il perseguimento dell'interesse pubblico possa alterare tale sistema. Diversamente, ammettere che un singolo socio possa far prevalere l'interesse di cui è portatore ridurrebbe la razionalità dell'investimento di chi ha diverse motivazioni, quindi stringendo anche l'area dei possibili investitori. In tale prospettiva, parrebbe, pertanto, da rileggere l'altro rilevante problema relativo alla compatibilità tra causa lucrativa e il fine pubblico che ispira l'agire dell'ente. Essendo la lucratività elemento essenziale ai fini della qualificazione della fattispecie societaria ex art. 2247 c.c., il suo ricorrere sarebbe imprescindibile in ogni società, non potendo la presenza della partecipazione pubblica comportare una deviazione dallo scopo tipico previsto dalla legge”. Tirando le fila del discorso (p. 23), l'Autrice afferma che “Più in generale, dunque, l'introduzione dell'art. 4, comma 13, potrebbe consentire di risolvere talune questioni strettamente correlate alla natura della società in mano pubblica e ancora dibattute”. In senso analogo, v. F. GOISIS, *La natura delle Società a partecipazione pubblica: norme nuove e questioni antiche*, op. cit., p. 9 e ss., che illustra una serie di ipotesi di rilievo pratico dell'art. 4, co. 13 d.l. 95/2012 (in part., la nuova regola interpretativa viene applicata al tema dello scopo dello scopo di lucro).

letture volte a «pubblicizzare» la disciplina dell'ente societario onde negare la sua sottoposizione a fallimento, dovendosi ritenere che il generale rinvio alla disciplina codicistica delle società di capitali *ex art. 4, comma 13, d.l. 95/2012*, implichi anche la riaffermazione della regola generale di cui all'art. 2221 c.c., che, appunto, estende il fallimento a tutti gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale con esclusione dei soli enti pubblici propriamente intesi⁵⁶⁶. Oltretutto – osserva ancora l'Autrice – le stesse considerazioni dovrebbero valere anche nel caso in cui la società sia sottoposta a un controllo totalitario da parte dell'ente pubblico socio e abbia i presupposti per essere considerata quale società *in house providing*, trattandosi pur sempre di soggetti che svolgono attività di diritto privato ed erogano servizi con la veste giuridica propria dell'imprenditore commerciale⁵⁶⁷.

In conclusione, possiamo affermare che non sembra residuare alcuno spazio per costruzioni fantasiose. Che una società a partecipazione pubblica sia interessata dalla “contaminazione pubblicistica” (della quale si è dato conto nel capitolo precedente) può essere solo il legislatore a deciderlo; in assenza di chiare ed esplicite indicazioni provenienti da quest'ultimo, l'applicazione di norme pubblicistiche non può essere semplicemente desunta in via interpretativa.

⁵⁶⁶ E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., p. 24. A supporto delle proprie affermazioni, l'Autrice richiama l'indirizzo giurisprudenziale che, basandosi sul noto principio per cui la società a partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto privato solo per il fatto che lo Stato o gli enti pubblici ne posseggano azioni in tutto o in parte, giunge, appunto, a concludere che “le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento: così, Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fall.*, p. 1273 e ss., con nota di L. BALESTRA, sentenza sulla quale si tornerà tra poco. Di diverso avviso, G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, op. cit., p. 694, il quale ritiene che, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, l'affermazione della loro intatta natura privata ai fini dell'applicazione della disciplina fallimentare appare ormai una “battaglia di retroguardia”, con la quale si pretende di riaffermare in termini netti e perentori principi e valori da tempo abbandonati: “Dire che, malgrado la presenza di un socio pubblico e di altri caratteri derogatori rispetto al modello di diritto comune, la società in mano pubblica totalitariamente controllata rimane pur sempre un soggetto privato, parificato in tutto e per tutto agli altri soggetti di diritto privato, significa intendere la materia concorsuale come una monade, nella quale dette società vivono una esistenza loro propria, avulse da ciò che per le stesse è previsto in tutti gli altri settori dell'ordinamento”.

⁵⁶⁷ Così, E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, op. cit., pp. 25-26, che aggiunge: “non pare, infatti, che si possa negare alla società a partecipazione pubblica la veste di imprenditore commerciale, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della disciplina, pur se essa provveda all'erogazione del servizio pubblico”. Il tema dell'assoggettabilità a fallimento delle società *in house* sarà oggetto di più approfondita trattazione nel corso del capitolo seguente, al quale si rinvia.

2.4.3. *Le società a partecipazione pubblica come imprenditori commerciali: l'inammissibilità di una "terza via" per negarne la fallibilità.*

Ricapitolando brevemente quanto detto finora, la Cassazione (con la sentenza n. 22209/2013) si è espressa in senso contrario all'esenzione delle società a partecipazione pubblica dal fallimento, confutando gli argomenti posti alla base sia del metodo c.d. "tipologico" sia di quello c.d. "funzionale". Inoltre, le risposte fornite dai giudici di legittimità sono in linea sia con le indicazioni prospettate dalla miglior dottrina, sia con la volontà del legislatore, il quale, in particolar modo con l'art. 4, co. 13 del d.l. 95/2012, conferma la riconducibilità delle società a partecipazione pubblica alla disciplina codicistica delle società di capitali.

Giunti a questo punto, mette conto segnalare l'esistenza di una sorta di "terza via" tramite cui alcuni giudici sono pervenuti a negare la fallibilità di società a partecipazione pubblica; via – sia chiaro – non percorribile né prima della pronuncia di settembre 2013 che stiamo commentando, né, a maggior ragione, dopo.

Come rilevato da Paolo Pizza, nella giurisprudenza recente dei Tribunali ordinari si è fatta strada "la tesi secondo cui alcune categorie di società in mano pubblica (invero non ben identificate nei loro tratti caratteristici) non sarebbero assoggettabili alle procedure concorsuali previste dalla Legge Fallimentare non tanto perché qualificabili come «enti pubblici» (l'orientamento in questione, infatti, respinge espressamente l'idea che una società in mano pubblica possa essere qualificata come «ente pubblico»), quanto piuttosto perché non qualificabili come «imprenditori commerciali»»⁵⁶⁸.

Il riferimento è, nello specifico, a due provvedimenti del Tribunale di Palermo⁵⁶⁹ – aventi ad oggetto la medesima società a totale partecipazione pubblica – in cui si afferma che, ai fini della valutazione riguardante la sottoponibilità a fallimento, "l'indagine da compiere deve [...] condurre a verificare [...] se la società operi all'interno di un mercato concorrenziale, incompatibile con la situazione di esclusiva

⁵⁶⁸ P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica, qualifica di "imprenditore commerciale" e procedure concorsuali nel prisma dei principi costituzionali*, op. cit., p. 1.

⁵⁶⁹ Si tratta di Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, decr. n. 99, in www.dirittodeiservizipubblici.it, e di Trib. Palermo, 19 giugno 2013, decr. n. 268, in www.ilcaso.it. Per una dettagliata analisi di entrambi i provvedimenti, si rimanda al già citato contributo di P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica e fallimento. Nuovi argomenti a favore della non fallibilità?*, op. cit., p. 1 e ss.

o di monopolio, svolgendo attività economica diretta al pubblico degli utenti e dei consumatori”. Partendo da questo presupposto, i giudici palermitani hanno escluso la fallibilità della società partecipata giacché l’attività da questa svolta “non è istituzionalmente diretta al pubblico degli utenti e consumatori, ma è rivolta nei confronti dell’unico cliente Comune di Palermo” e non è “stata svolta di fatto, attualmente o nel passato, nei confronti di terzi, con la partecipazione a gare d’appalto o con l’acquisizione di commesse da parte di soggetti diversi dall’ente che le partecipa”⁵⁷⁰.

Com’è stato osservato dall’Autore poc’anzi citato, “l’assunto di fondo” dal quale muovono le pronunce dei giudici palermitani “è quello secondo il quale per stabilire se una società in mano pubblica sia o meno qualificabile come «imprenditore commerciale» non è sufficiente valutare se sussistano o meno i requisiti contemplati dall’art. 2195 c.c., ma occorre altresì valutare le condizioni concrete dell’«ambiente» all’interno del quale la società negozia i beni e i servizi prodotti, dovendosi ritenere che siano qualificabili come «imprenditori commerciali» soltanto le società in mano pubblica che operano all’interno di un mercato concorrenziale”⁵⁷¹. Detto altrimenti, la corrente giurisprudenziale in parola ritiene che, ai fini dell’attribuzione della qualifica di imprenditore commerciale, la presenza di soci pubblici imponga all’interprete l’obbligo di effettuare una valutazione diversa e più complessa rispetto a quella che si

⁵⁷⁰ Una prospettiva analoga è stata assunta dal Tribunale di Avezzano con il decreto 26 luglio 2013, in www.ilcaso.it, nel quale si legge che “l’approccio da dover adottare [...] involge la questione [...] strettamente appartenente a diritto fallimentare, [riguardante] la circostanza che un soggetto formalmente privato possa, solo per questo, ritenersi impresa commerciale. Si vuole cioè affermare che gli elementi sintomatici in base ai quali può riconoscersi la natura di «istituzione pubblica» in senso sostanziale ad un soggetto possono assumere autonoma rilevanza nel diritto fallimentare: gli stessi infatti assumono significato non solo relativamente alla individuazione [...] di un soggetto come pubblico o come privato, ma anche al fine di stabilire se quest’ultimo possa definirsi, ancora prima, come «impresa commerciale» secondo il diritto fallimentare. La progressiva specialità assunta, anche in ragione delle spinte comunitarie, dalle varie normative di settore [...] alla quale non è estraneo il diritto fallimentare tenuto conto degli interessi sottesi alla relativa disciplina, impone [...] che l’analisi in ordine al riconoscimento in capo al ricorrente [...] dell’esercizio in concreto di una «attività commerciale» avvenga tenendo inevitabilmente conto, allo stesso tempo, del quadro normativo di riferimento, previgente ed attuale, dell’oggetto sociale esercitato, nonché, da ultimo, delle concrete modalità di gestione dell’attività”. Alla luce di queste considerazioni, questa la conclusione dei giudici abruzzesi: “Reputa il Tribunale come la prescrizione dell’art. 1 l. fall. importi accertamento specifico in ordine al detto requisito della commercialità, peraltro ben coniugabile col disposto del secondo comma dell’art. 2195 c.c. (cfr. se non risulta diversamente), consentendo di escluderlo (come avviene nel caso di scrutinio delle cooperative) nelle limitate ipotesi in cui l’attività svolta non consenta, né in astratto, né in concreto, per prescrizione di legge o regolamento (e non di certo per libera autodeterminazione degli organi amministrativi [...] il perseguimento dell’attività precipua”.

⁵⁷¹ P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica, qualifica di “imprenditore commerciale” e procedure concorsuali nel prisma dei principi costituzionali*, op. cit., p. 2.

deve effettuare laddove non faccia parte della compagine sociale alcun soggetto pubblico⁵⁷².

Ebbene, partiamo innanzitutto col dire perché una tesi del genere non era sostenibile già prima di Cass. n. 22209/2013.

La Suprema Corte ha reiteratamente affermato, in linea con la dottrina più accorta⁵⁷³, che le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento indipendentemente

⁵⁷² In questi termini, P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica, qualifica di "imprenditore commerciale" e procedure concorsuali nel prisma dei principi costituzionali*, op. cit., p. 2, che prosegue: "Si noti, peraltro, che le condizioni dalle quali, secondo l'orientamento in questione, dovrebbe desumersi la non commercialità dell'attività imprenditoriale nel caso in cui la valutazione abbia ad oggetto una società a partecipazione pubblica sono descritte in modo abbastanza vago ed incerto: non si comprende con precisione, infatti, se requisito necessario affinché un'attività imprenditoriale svolta da una società in mano pubblica possa qualificarsi come «non commerciale» sia solo lo svolgimento della stessa in condizioni di esclusiva/monopolio oppure anche il fatto che i beni e i servizi prodotti nell'esercizio dell'attività siano acquistati da un unico soggetto, né si comprende se tale soggetto debba essere uno dei soci (pubblici) oppure possa anche essere un soggetto estraneo alla compagine sociale".

⁵⁷³ Di recente, v. F. FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, op. cit., p. 31 e ss., il quale afferma che "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 [...] 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. Ciò non vale per le società di capitali, dotate della 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". Nello stesso senso, G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società. Riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, op. cit., p. 157 e ss., il quale ritiene "che vi siano sufficienti ragioni per escludere che l'assoggettabilità alle procedure concorsuali delle società commerciali presupponga necessariamente l'esercizio effettivo dell'attività di commercio. Da numerose norme di legge, infatti, si può desumere il principio secondo cui le società in nome collettivo, in accomandita semplice, per azioni e a responsabilità limitata, che hanno oggetto commerciale, sono comunque soggette alle procedure concorsuali". Dopo aver elencato tali norme, l'A. afferma che "mentre le persone fisiche acquistano la qualità di imprenditore con l'effettivo esercizio dell'impresa commerciale, le società sono tali fin dalla nascita. La ragione di questa differenza sta in questo: le società costituite per l'esercizio del commercio hanno già impressa per natura e destinazione la loro commercialità, perché l'indicazione statutaria dello scopo determina la loro capacità giuridica: gli altri soggetti possono svolgere la loro attività in campi anche diversi, onde la legge richiede per questi ultimi e non per le prime l'esercizio effettivo di una impresa commerciale. Non ha rilevanza la mancata attuazione dello scopo sociale, il mancato esercizio dell'attività commerciale, posto nell'atto costitutivo come unico e definitivo fine della società. Infatti, essendo la definitività del fine sufficiente ad attribuire alla società lo *status* di imprenditore commerciale fin dalla sua nascita, il fatto che non sia stata ancora posta in essere nessuna attività commerciale non significa possibilità di mutare la scelta fra più fini indeterminati, in quanto la società è nata ed esiste con quel fine determinato".

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. 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 imprenditoriale⁵⁷⁴.

Di conseguenza, se le società acquistano la qualifica di imprenditore commerciale nel momento stesso della loro costituzione senza che sia necessario ricercare nell'attività i presupposti della nozione di imprenditore⁵⁷⁵, non si vede come possa avere rilevanza – nella valutazione che porta ad attribuire la qualifica in questione – il “contesto” o l’“ambiente” (concorrenziale o meno) in cui detta attività è svolta. L'irrelevanza dello svolgimento dell'attività “condanna” all'irrelevanza anche tutto ciò che a tale attività ruota attorno.

⁵⁷⁴ In questi termini, Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, cit., con cui viene ribadita l'assoggettabilità *ab origine* delle società commerciali previste dal codice civile al fallimento. Nello stesso senso: Cass., 26 giugno 2001, n. 8694, *Giust. civ. Mass.* 2001, p. 1262 e ss. ed in *Fall.*, 2002, p. 602 e ss., con nota di F. ANFUSO, *Condizioni di fallibilità dell'impresa collettiva: basta lo scopo od occorre anche l'effettivo esercizio dell'attività commerciale?*; Cass. pen., 22 novembre 2005, n. 5493, in *Cass. pen.*, 2007, 3, p. 1253 e ss.; Cass., 28 aprile 2005 n. 8849, in *Giust. civ.*, 2006, 4-5, I, p. 902 e ss.; Cass., 4 novembre 1994, n. 9084, in *Giust. civ.* 1995, I, p. 113 e ss.; Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1200 e ss., 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, p. 71 e ss., con nota di R. ROSAPEPE, *Ancora a proposito della distinzione tra società e impresa*, ed in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2256 e ss.; Cass., 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Foro it.*, 1977, I, p. 369 e ss.; Cass., 22 giugno 1972, n. 2067, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1507 e ss.; Cass., 10 agosto 1965, n. 1921, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1959 e ss., con commento di A. SCHERMI, *Momento dell'attribuzione dello status di imprenditore commerciale alle società ed assoggettabilità a fallimento*, in *Dir. fall.*, 1967, p. 423 e ss., con commento di F. FARINA, *Assoggettabilità al fallimento di società commerciali che non esercitano attività imprenditrice?*. Tra le sentenze di merito, v. Trib. Torino, 19 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 544 e ss.; App. Catanzaro, 6 marzo 1993, in *Dir. fall.*, 1994, p. 1012 e ss.; Trib. Udine, 20 ottobre 1997, in *Fall.*, 1998, p. 414 e ss., con nota di G. SCHIAVON, *Considerazioni in tema di fallimento di socio a responsabilità illimitata del socio receduto*; Trib. Foggia, 21 febbraio 1994, in *Dir. fall.*, 1994, p. 639 e ss.

⁵⁷⁵ Cfr. G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società. Riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, op. cit., p. 161, ove si afferma in modo chiaro che “in definitiva, la società costituita per l'esercizio di un'attività economica [...] è imprenditore per il fatto stesso della sua costituzione; essendo l'esercizio dell'impresa la ragione della sua esistenza e lo scopo della sua attività, non è necessario ricercare nell'attività stessa i presupposti della nozione di imprenditore”.

L'attenzione, dunque, si concentra esclusivamente sull'attribuzione alla società della qualifica di imprenditore, per la quale non occorre alcuna valutazione diversa e più complessa rispetto a quella che si deve eseguire laddove la società sia a totale partecipazione privata: è allo stesso tempo necessario e sufficiente confrontare fra loro oggetto sociale e norme del codice civile⁵⁷⁶. L'esito, peraltro, si rivela piuttosto scontato, atteso che – come osserva Francesco Fimmano – “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”⁵⁷⁷.

Ebbene, la soluzione prospettata dai giudici palermitani, di per sé criticabile già in base a quanto osservato fino a questo punto, appare ancor più “fuori sistema” alla

⁵⁷⁶ Per quanto riguarda l'oggetto sociale, Cass., 13 luglio 1972, n. 974, in *Dir. fall.*, 1973, p. 140 e ss. ha precisato che esso è costituito dall'attività stabilita e determinata dalla relativa clausola statutaria, sicché, ai fini dell'individuazione, occorre avere riguardo, quando tale clausola non presenti oscurità, esclusivamente al contenuto di questa e non anche ai programmi e agli atti elaborati e posti in essere dalla società per il raggiungimento del suo scopo e che, attenendo alle modalità di attuazione dell'oggetto sociale, assumono una propria ed autonoma sfera di efficacia. Quanto alle norme del c.c., invece, v. le puntuali osservazioni di F. FIMMANO', *Il fallimento delle “società pubbliche”*, op. cit., pp. 34-35: “la c.d. «commercialità» va recuperata in negativo dalla previsione degli 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.). 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 la 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”.

⁵⁷⁷ F. FIMMANO', *Il fallimento delle “società pubbliche”*, op. cit., p. 33, il quale aggiunge (p. 34) che tutto ciò vale anche quando la società svolga attività e produca servizi pubblici “senza rilevanza economica” e indipendentemente dal fatto che si collochi in un “mercato concorrenziale” o che svolga attività a favore di terzi (oltre che *in house providing* a favore dell'ente socio). Tali considerazioni sono riprese poco più avanti (pp. 35-36): “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”.

luce dei principi affermati da Cass. n. 22209/2013⁵⁷⁸. Il motivo è semplice: se l'assoggettività delle società a partecipazione pubblica al fallimento garantisce la

⁵⁷⁸ Esattamente questa la prospettiva adottata da P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica, qualifica di "imprenditore commerciale" e procedure concorsuali nel prisma dei principi costituzionali*, op. cit., p. 3 e ss., nel criticare le pronunce del Tribunale di Palermo. L'A., dopo aver immediatamente espresso le proprie perplessità ("La non completa comprensibilità dell'itinerario logico giuridico sotteso all'orientamento in questione, induce l'interprete a verificare se esistano argomenti che consentano di suffragare o di smentire l'idea secondo cui l'attribuzione della qualifica di «imprenditore commerciale» alle società in mano pubblica richiederebbe una valutazione *sui generis*, diversa da – e più complessa di – quella necessaria per stabilire se sia qualificabile come la «imprenditore commerciale» società alla cui compagine sociale non partecipa alcun soggetto pubblico"), analizza gli spunti provenienti dalla sentenza Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326 (con la quale la Corte costituzionale, in una controversia tra Stato e Regioni avente ad oggetto le disposizioni contenute nell'art. 13 del d.l. n.223 del 2006, ha affermato in via generale, al fine di dimostrare che la competenza legislativa in materia appartiene allo Stato, che nel nostro ordinamento giuridico esistono due tipologie di società in mano pubblica, individuabili caso per caso sulla base dell'oggetto sociale, rappresentate, rispettivamente, dalle società che costituiscono strumento di esercizio, da parte dei soci pubblici, di "attività amministrativa in forma privata", e dalle società che costituiscono strumento di esercizio, da parte dei soci, di "attività di impresa di enti pubblici"), con un obiettivo preciso: verificare la sussistenza di argomentazioni che consentano di qualificare come "non commerciale" l'attività di produzione di beni e di servizi svolta da alcune categorie di società a partecipazione pubblica (p. 4). La questione – osserva l'A. – si pone in quanto è abbastanza evidente l'assonanza esistente tra le caratteristiche che, secondo le sentenze del Tribunale di Palermo (e anche quella del Tribunale di Avezzano), devono ricorrere in capo ad una società in mano pubblica per escludere che essa sia qualificabile come "imprenditore commerciale" ai sensi dell'art. 1 l. fall., e le caratteristiche che devono ricorrere, secondo la Corte costituzionale, per riconoscere ad una società a partecipazione pubblica la qualifica di "strumento di esercizio di attività amministrativa in forma privata". Ebbene, poiché la Corte Costituzionale afferma che la distinzione tra "attività amministrativa di diritto privato" e "attività imprenditoriale di enti pubblici" mira ad evitare che i soggetti pubblici che si servono di una società per esercitare un'attività di produzione di beni o servizi possano operare nel mercato concorrenziale beneficiando dei privilegi dei quali possono godere in quanto pubbliche amministrazioni, L'A. osserva che "sembrerebbe astrattamente sostenibile che anche la regola della non sottoponibilità delle società in mano pubblica che svolgono «attività amministrativa di diritto privato» alle procedure concorsuali previste dalla l. fall. non alteri la concorrenza, tenuto conto che di tale prerogativa si gioverebbero società che, pur avendo i requisiti previsti dall'art. 2195 c.c., non operano sul mercato" (p. 5). "Sennonché – prosegue – una lettura di questo genere sarebbe riduttiva e parziale, in quanto non terrebbe conto del fatto che la non sottoponibilità alle procedure concorsuali previste dalla l. fall. delle società in mano pubblica che costituiscono strumento per l'esercizio di «attività amministrativa di diritto privato» sembra comunque in grado di inficiare il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali. In particolare, se ci si pone sul piano della attività – cioè dei rapporti che la società, in quanto soggetto riconosciuto dall'ordinamento come dotato di una propria capacità giuridica e di agire, instaura con i terzi – ci si avvede che essa creerebbe una notevole disparità di trattamento, con conseguente violazione del principio di eguaglianza, tra i fornitori/creditori di tali società, da un lato, e i fornitori/creditori delle società in mano pubblica che costituiscono strumento di esercizio di «attività di impresa di enti pubblici» e i fornitori/creditori di tutte le altre società operanti sui mercati, dall'altro: i primi, infatti, non solo non potrebbero giovare delle procedure concorsuali contemplate dalla l. fall. – accessibili invece ai secondi –, ma neppure potrebbero fare ricorso a procedure liquidative di altro tipo, stante l'assenza nel nostro ordinamento giuridico di procedure alternative individuate da disposizioni normative dettate ad hoc per le società che costituiscono strumento di esercizio di «attività amministrativa di diritto privato». In questa prospettiva, d'altra parte, non si comprende per quale ragione lo stato di insolvenza di società che, sebbene coinvolte nell'esercizio di «attività amministrativa di diritto privato», si approvvigionano comunque sul mercato, non dovrebbe consentire, su iniziativa dei creditori, l'imposizione di una regolazione della crisi attuata mediante una procedura concorsuale liquidativa". Ecco, a questo punto, la conclusione, ove il riferimento a Cass. n. 22209/2013 diventa esplicito: "Alla luce delle brevi considerazioni appena riportate, pare, allora, a chi scrive, che una lettura costituzionalmente orientata

tutela di valori ritenuti di massima importanza – principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto, parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e le stesse modalità –, detta assoggettabilità non può venire meno, pena la messa a repentaglio di quei valori.

In altre parole, e così avviandoci a conclusione, con la sentenza di settembre 2013 i giudici di legittimità hanno individuato – mi si passi l'espressione – dei “beni”, la cui tutela è irrinunciabile; sempre i giudici del Supremo Consesso hanno stabilito che tale tutela si realizza attraverso la sottoposizione incondizionata delle società a partecipazione pubblica al fallimento (e alle procedure concorsuali in genere). Orbene, è evidente l'illegittimità di qualsiasi tentativo volto a sterilizzare la summenzionata tutela, a nulla rilevando che si tratti di un tentativo non censurato dalla Suprema Corte (come invece è avvenuto con i tentativi effettuati tramite, rispettivamente, il metodo c.d. “tipologico” e quello c.d. “funzionale”), o non preso in considerazione dalla stessa⁵⁷⁹.

3. Un'eccezione: l'*in house providing* (rinvio al capitolo successivo).

Al termine del presente capitolo, non sembra azzardato affermare che con la sentenza n. 22209/2013 la Corte di Cassazione ha in qualche modo chiuso il cerchio, confermando che “la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta”⁵⁸⁰, come la scelta di gestire un servizio pubblico essenziale, utilizzando il modello della società di capitali, anziché l'azienda speciale o la

dell'art. 1 della l. fall. induca necessariamente a ritenere che non vi siano ragioni per sostenere che l'attribuzione della qualifica di «imprenditore commerciale» ad una società a partecipazione pubblica richieda valutazioni ulteriori e diverse rispetto a quelle richieste per l'attribuzione della medesima qualifica ad una società partecipata esclusivamente da soggetti privati. In questo senso, deve segnalarsi che l'idea secondo la quale tutte le società in mano pubblica devono considerarsi sottoposte all'applicazione della l. fall. per ragioni di uguaglianza e di tutela della concorrenza è stata di recente condivisa anche dalla Corte di cassazione [...] con la sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013” (p. 6).

⁵⁷⁹ Volendo mutuare un concetto dal diritto dell'unione europea, si potrebbe affermare che la sentenza della Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209, deve essere interpretata e applicata alla luce del principio del c.d. effetto utile, “principio sovente utilizzato come chiave di lettura delle norme comunitarie [...] che impone un'applicazione o anche un'interpretazione delle stesse che sia funzionale al raggiungimento delle loro finalità”: così, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 114.

⁵⁸⁰ Così aveva sentenziato, quattro anni prima, Cass., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit.

concessione a terzi, comporta l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale in pieno, qualsiasi sia l'attività economica svolta ed a prescindere dalla relativa collocazione in un mercato concorrenziale, e non solo i vantaggi derivanti dalla segregazione patrimoniale⁵⁸¹. La volontà 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, come afferma ora la Cassazione, anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza⁵⁸².

Si segnala, tuttavia, che non tutti i problemi paiono risolti, posto che alla fine del 2013 le Sezioni Unite della Cassazione, in sede di riparto di giurisdizione, con la sentenza 25 novembre 2013, n. 26283, sembrano aver individuato un'eccezione alla regola generale dell'assoggettabilità a fallimento delle società in mano pubblica delineata dalla sentenza 27 settembre n. 22209: quelle tra le società a partecipazione pubblica che siano qualificabili come *in house* non sarebbero comunque assoggettabili a fallimento⁵⁸³.

Sarà esattamente questo il tema del capitolo successivo.

⁵⁸¹ In questi termini, F. FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, op. cit., p. 36.

⁵⁸² Cfr., ancora una volta, F. FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, op. cit., pp. 36-37, il quale osserva: "Insomma 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 normativo (anche sul piano costituzionale), non consentendo, tra l'altro, di applicare né agli organi amministrativi e di controllo né ai creditori di tale società né ai loro correi le disposizioni penali della legge fallimentare che presuppongono la dichiarazione del fallimento o dell'insolvenza del debitore". Oltretutto, l'A. – in nota 95 – ricorda che le predette "conseguenze" non si esauriscono nell'assoggettamento alle procedure concorsuali, ma riguardano ad esempio l'applicazione della responsabilità da direzione e coordinamento ex art. 2497 ss. c.c.

⁵⁸³ Così rileva, acutamente, P. PIZZA, *La Cassazione chiarisce che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento. Fine di un problema?*, op. cit., p. 3. Sulla stessa lunghezza d'onda, L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 9, il quale afferma senza mezzi termini che, sul tema dell'assoggettabilità a fallimento (e alle altre procedure concorsuali), "le Sezioni Unite sono però giunte a diversa conclusione per le società c.d. *in house*".

CAPITOLO TERZO

LO STRANO CASO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA IN HOUSE PROVIDING, ALLA LUCE DEI RECENTI ORIENTAMENTI DELLE SEZIONI UNITE IN TEMA DI GIURISDIZIONE: NUOVI ARGOMENTI A SOSTEGNO DELLA NON FALLIBILITÀ?

SOMMARIO: 1. La sentenza Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283 (in generale). – 2. Alcune importanti considerazioni in tema di *in house providing*. – 2.1. I servizi pubblici locali. – 2.2. L'evoluzione (dal 2007 in poi) della giurisprudenza comunitaria in tema di “controllo analogo”. – 2.3. Il giudice amministrativo italiano e il “controllo analogo”. – 3. I caratteri del “controllo analogo” secondo le Sezioni Unite. – 4. “Squarcio del velo” della personalità giuridica: le (disastrose) ricadute in ambito fallimentare. – 4.1. Una breve premessa. – 4.2. Coloro che non “squarciano il velo”: la resistenza partigiana difesa della forma societaria. – 4.3. Coloro che “squarciano il velo”: i dequalificatori. – 4.4. Il risultato finale: la confusione. – 5. Un diverso approccio alla pronuncia delle Sezioni Unite. – 5.1. Le Sezioni Unite parlano di un *in house providing* realmente esistente? – 5.2. Il caso Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. – 6. Un banco di prova. – 6.1. Le ripercussioni sul socio pubblico provocate dallo “squarcio del velo” della personalità giuridica. – 6.2. Ragioni per le quali non conviene procedere a uno “squarcio del velo” della personalità giuridica. – 7. Il problema della giurisdizione, aspettando il legislatore.

1. La sentenza Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283 (in generale).

Come accennato nella terza sezione del primo capitolo, con la sentenza n. 26283 del 25 novembre 2013, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono tornate ad occuparsi del tema riguardante la giurisdizione sulle azioni di responsabilità proposte nei confronti degli organi di controllo di società partecipate da enti pubblici⁵⁸⁴.

Le Sezioni Unite, pur ribadendo in linea di principio l'orientamento seguito nel 2009 e nella giurisprudenza successiva, hanno ritenuto opportuno distaccarsi da esso con riferimento alle famigerate società *in house*⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Il testo integrale della sentenza in parola è contenuto in *Urb. app.*, 2014, p. 395 e ss.; si evitano, da questo momento in poi, continui rimandi nelle note a piè di pagina.

⁵⁸⁵ Cfr. L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 8. Come noto, la suprema Corte, in virtù dell'orientamento inaugurato nel 2009, ha risolto per anni il problema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, in modi opposti a seconda che l'azione avesse ad oggetto un danno arrecato direttamente al socio pubblico o,

I giudici del Supremo consesso, infatti, hanno qualificato questo genere di società come una mera articolazione interna della pubblica amministrazione – come 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 della sentenza più forte – osserva Francesco Fimmano⁵⁸⁶ – è 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’uso del vocabolo società, quindi, servirebbe solo a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di senso contrario, il paradigma organizzativo andrebbe desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui

invece, al patrimonio sociale. Nel primo caso ha sancito la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti. Nel secondo, invece, ha rilevato: l’insussistenza di un rapporto di servizio fra gli amministratori della società e dell’ente pubblico socio; l’insussistenza di un danno erariale inteso in senso proprio, essendo il pregiudizio arrecato al patrimonio della società, unico soggetto cui compete il risarcimento; la non conciliabilità dell’ipotizzata azione contabile con le azioni di responsabilità esercitabili dalla società, dai soci e dai creditori sociali a norma del codice civile, dalla cui esperibilità non si può prescindere. Solo nel caso in cui l’evento dannoso sia prodotto dagli amministratori direttamente a carico del socio-ente pubblico si configura la responsabilità amministrativa con sussistenza della giurisdizione del giudice contabile. Osserva, al riguardo, F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 27 e ss.: “Insomma secondo il consolidato orientamento, che resiste salvo che per le società *in house providing*, non sussiste la giurisdizione diretta della Corte dei conti sulla responsabilità degli amministratori e sindaci di questo tipo di società in quanto non diviene essa stessa un ente pubblico sol per il fatto di essere partecipata da una pubblica amministrazione. L’inquadramento sistematico comporta pertanto che ci siano due forme di responsabilità dei relativi organi amministrativi e di controllo, concorrenti e settoriali, quella civilistica comune per danni, secondo le regole *ex art. 2393 ss. c.c.*, e quella erariale nei confronti del socio pubblico, da far valere con l’azione individuale del socio *ex art. 2395 c.c.* e peraltro non preclusiva della stessa, esattamente come accadrebbe per qualsiasi altra società di diritto comune. Appare decisivo il rilievo secondo cui, quando l’amministrazione per l’espletamento di propri compiti istituzionali si avvale di società di diritto privato da essa partecipate, l’esistenza di un rapporto di servizio idoneo a fondare la giurisdizione del giudice contabile può essere configurata in capo alla società, ma non anche personalmente in capo ai soggetti (organi o dipendenti) della stessa, essendo questa dotata di autonoma personalità giuridica; del pari non sembra superabile il rilievo secondo cui, sempre per effetto della distinta personalità di cui la società è dotata e della sua conseguente autonomia patrimoniale rispetto ai propri soci (e, quindi, rispetto all’ente pubblico partecipante), i danni eventualmente ad essa cagionati dalla *mala gestio* degli organi sociali o comunque da atti illeciti imputabili a tali organi o a dipendenti non integrano gli estremi del cosiddetto danno erariale, in quanto si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società, che è un ente soggetto alle regole del diritto privato, e non su quello del socio pubblico”.

⁵⁸⁶ Cfr. F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 14.

sia possibile individuare un interesse suo proprio, non sarebbe più possibile parlare. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure potrebbero essere considerati (a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica), come investiti di un mero *munus* privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società. Essi sarebbero preposti ad una struttura corrispondente ad un' articolazione interna della stessa P.A. e quindi personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non diversamente da quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall' ente pubblico. D' altro canto, se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l' ente pubblico partecipante e la società *in house*, che ad esso fa capo, la distinzione tra il patrimonio dell' ente e quello della società si porrebbe in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Ne discenderebbe che, in questo caso, il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, sarebbe arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all' ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustificerebbe l' attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità⁵⁸⁷.

Al riguardo, si è osservato che “il nuovo orientamento della Cassazione sulla giurisdizione per le società *in house* nasce dalla giusta sollecitazione della Corte dei conti a rivedere la diversa consolidata impostazione, evidenziando come condizionamenti di carattere politico finiscano col rendere altamente improbabili iniziative serie da parte degli enti locali dirette a sanzionare gli organismi societari (controllati) davanti al giudice ordinario, dando luogo ad un sostanziale esonero da responsabilità di soggetti che pure arrecano danno a società sostanzialmente pubbliche, in quanto totalmente partecipate dalla pubblica amministrazione, di cui costituiscono una *longa manus* per l' attuazione delle relative decisioni strategiche ed operative”⁵⁸⁸.

In quest' ottica, le Sezioni Unite sono intervenute per far fronte a una situazione complicata, ove la volontà “politica” di porre al centro del sistema il modello c.d. *in*

⁵⁸⁷ Questo, in sintesi, l' iter seguito dalla Cassazione nella sentenza in esame, come dipinto F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., pp. 14-15.

⁵⁸⁸ F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 48.

house (in cui l'ente pubblico eserciti sulla società un "controllo analogo", quanto meno per prerogative ed intensità, a quello esercitato sui propri servizi), ispirata dalla mera finalità dell'affidamento della gestione di attività e servizi pubblici a società etero dirette e "abusate", in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza, ha spesso trasformato l'ente pubblico da soggetto gestore in una sorta di *holding* che si occupa dell'attività di direzione e coordinamento delle società strumentali partecipate⁵⁸⁹. La risposta che la Corte ha tentato di dare, tuttavia, non è stata delle migliori, come si avrà modo di constatare in seguito⁵⁹⁰.

Nel frattempo, occorre subito chiarire che la nostra attenzione non si concentrerà sulla questione specifica della giurisdizione, cioè sulla risposta che, nel merito, la Corte ha formulato al riguardo⁵⁹¹. Ciò che interessa, e che sarà oggetto di analisi, è l'*iter* argomentativo seguito per giungere a detta risposta: infatti, dalla ricostruzione che le Sezioni Unite fanno del fenomeno dell'*in house*, scaturiscono, a livello sistematico, conseguenze di prim'ordine, che non possono essere trascurate.

⁵⁸⁹ In questi termini, ancora una volta, F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 29.

⁵⁹⁰ "La ragione per cui le sezioni unite adattano (in modo forzato) la costruzione giuspubblicistica e comunitaria *Teckal* al diritto interno delle società, con i notevoli rischi sistemici conseguenti, nasce, a nostro avviso, dalla consapevolezza che ancora più ardita sarebbe stata la riqualificazione delle società *in house* in enti pubblici in assenza di norme espresse, come si è tentato in passato (e che infatti viene esclusa). La sentenza cerca di rimanere nel solco tracciato dagli stessi giudici di legittimità tentando di limitare, per quanto possibile, di contraddire il quadro delineato con riferimento più generale alle società pubbliche. Infatti la stessa Cassazione in un arresto, immediatamente precedente, in tema di insolvenza, era pervenuta ad una serie di conclusioni sistematiche assolutamente rilevanti [contenute in Cass. n. 22209/2013, *ndr*]: così, F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 15. Tuttavia, sulle ragioni per cui la soluzione prospetta non è delle migliori, si può fornire qualche anticipazione già ora, sempre utilizzando le parole di Fimmano (pp. 29-30): le Sezioni Unite, con la pronuncia in commento, hanno enucleato "un vero e proprio mostro giuridico" (mutuato dall'assetto giurisprudenziale amministrativo e comunitario, nei suoi caratteri principali), "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 addirittura la mancata applicazione dello statuto dell'imprenditore". Osserva ancora l'A. che "questa operazione non supportata normativamente dall'emersione di un «tipo» genera tuttavia una confusione che non tiene conto del fatto che alcune categorie concettuali e sistematiche di diritto pubblico e comunitario non sono affatto applicabili *sic et simpliciter* al diritto commerciale. Peraltro 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. Altrimenti non avrebbe senso servirsi di una *fiction* per simulare istituti di tutt'altra natura quali l'azienda speciale oppure l'ente pubblico economico".

⁵⁹¹ Per un'analisi della quale, si vedano i contributi M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, op. cit., p. 400 e ss.; L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 38 e ss.; F. FIMMANO', *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, op. cit., p. 61 e ss.; G. MONTEDORO, *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Foro amm. – TAR*, 2013, p. 3589 e ss.

2. Alcune importanti considerazioni in tema di *in house providing*.

Nel paragrafo, collocato all'interno del primo capitolo, riguardante la genesi e le caratteristiche dell'*in house providing*, in particolare di quello societario, tre sono state le (volontarie) omissioni: *i*) il collegamento con le vicende riguardanti i servizi pubblici locali; *ii*) la prosecuzione dell'analisi riguardante l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di requisiti dell'*in house*, segnatamente in tema di "controllo analogo"; *iii*) il riferimento alla giurisprudenza amministrativa italiana, la quale, occupandosi della definizione dei requisiti propri dell'*in house providing*, "ha tentato di assecondare, negli anni, il frammentario percorso interpretativo dettato dalla Corte di giustizia europea"⁵⁹². Orbene, è giunto ora il momento di rimediare.

2.1. I servizi pubblici locali.

Rieditando un'efficace espressione comparsa poco sopra, la volontà "politica" di porre al centro del sistema il modello *in house* è stata talmente forte, da fare di quest'ultimo il modello organizzativo più diffuso⁵⁹³.

In tale vicenda, un ruolo fondamentale ha giocato il legislatore nazionale: nel 2003⁵⁹⁴, infatti, questi ha per così dire esportato l'*in house* dal settore degli appalti a

⁵⁹² Così, S. PICONE, *Il controllo pubblico nelle società miste pubblico-pubblico e pubblico-privato*, op. cit., p. 422.

⁵⁹³ F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, op. cit., p. 57.

⁵⁹⁴ Il riferimento è alle modifiche introdotte all'art. 113 del T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/2000) dall'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito in l. n. 326/2006. Come noto, nella sua versione originaria, l'art. 113 del T.U.E.L. riproduceva l'art. 22, co. 3 della legge n. 142 del 1990, aggiungendovi solo una lettera *f*) come sesta possibile forma di gestione dei servizi pubblici locale; pertanto, esso prevedeva le seguenti forme di gestione dei servizi in parola: *a*) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; *b*) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; *c*) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; *d*) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; *e*) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati; *f*) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'articolo 116. Successivamente, l'art. 35 della l. 448/2001, distinguendo tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di detta rilevanza, modificava completamente l'art. 113 del T.U.E.L., e introduceva una disciplina concorrenziale per il mercato,

quello dei servizi pubblici locali, contribuendo in modo decisivo alla sua espansione⁵⁹⁵. Commenta così, con una vena di sarcasmo, Giulio Napolitano: “una volta registrato il funzionamento di tale meccanismo giuridico, la società-organo «alla comunitaria» [questo il nomignolo che l’Autore affibbia alla società *in house providing*, ndr] è intenzionalmente evocata nella legislazione nazionale dei servizi pubblici locali”. Secondo l’Autore, la scelta presa dal legislatore è del tutto negativa: “si tratta di un’ingegnosa soluzione diretta ad eludere i vincoli di gara nella scelta del soggetto incaricato non di fornire servizi all’amministrazione, come previsto dalle norme e dalle sentenze europee [...] ma di gestire il servizio pubblico locale: si consente la continuazione degli affidamenti diretti in favore delle aziende ex municipalizzate, sebbene trasformate in società per azioni”⁵⁹⁶.

Ora, non è nostra intenzione dare un giudizio – positivo e negativo che sia – sulle scelte fatte dal legislatore italiano negli ultimi due decenni; a noi interessa soltanto porre in luce questo ulteriore aspetto riguardante lo strano caso delle società *in house*. Ciò non solo per motivi di cronaca, ma anche (e soprattutto) perché alla base della sentenza delle Sezioni Unite che stiamo commentando c’è una società interamente

escludendo sia la gestione diretta – in economia o tramite aziende speciali – sia l’affidamento diretto e consentendo solamente l’affidamento a società di capitali, mediante procedura ad evidenza pubblica. Con l’art. 14 del d.l. 269/2003, però, le cose cambiarono ancora: in primo luogo, veniva sostituita la distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale e privi di rilevanza industriale, con quella tra servizi pubblici di rilevanza economica e privi di rilevanza economica; in secondo luogo, la gestione dei servizi economici tornava a poter essere assegnata, oltre che *a*) a società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, anche *b*) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato fosse scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica e *c*) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti pubblici che la controllano. Come si può notare, fa il suo ingresso in scena l’*in house providing*.

Per un quadro riassuntivo della disciplina riguardante l’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali (dalla l. n. 142/1990 in poi), v. L. GIZZI, *Trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata?*, relazione resa al VI° Forum giuridico europeo della neve, Bormio, 15 dicembre 2012, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 8 e ss.; le principali tappe storiche dell’evoluzione in tema sono riportate anche da M. DUGATO, *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l’irresistibile forza dell’ente pubblico*, op. cit., p. 516 e ss. Più in generale, v. F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, op. cit., p. 719 e ss.; E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, op. cit., p. 11 e ss.; AA.VV., *I servizi pubblici locali. Modalità di affidamento, gestione e tariffe*, a cura di V. ITALIA, 2010, p. 20 e ss., p. 57 e ss.; G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, op. cit., p. 291 e ss.

⁵⁹⁵ Il ruolo giocato dal legislatore nell’espansione del modello *in house* è sottolineato (con una criticità neanche troppo velata) da F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 1.

⁵⁹⁶ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., pp. 1011-1012.

partecipata dal Comune di Civitavecchia, costituita per l'esercizio del trasporto pubblico locale: Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. Pertanto, il fatto che la Corte menzioni la direttiva 2006/123/CE concernente i servizi nel mercato interno⁵⁹⁷, anziché la direttiva – al tempo della decisione, ancora in vigore – 2004/18/CE relativa agli appalti pubblici, non deve stupire: pur con le stesse caratteristiche (quelle tracciate, nel corso degli anni, dalla Corte di giustizia), c'è un *in house* degli appalti e un *in house* dei servizi pubblici locali.

2.2. L'evoluzione (dal 2007 in poi) della giurisprudenza comunitaria in tema di "controllo analogo".

Fondamentale, a nostro modesto avviso, è dar conto dell'evoluzione che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia successiva al 2007, ha avuto come protagonista il requisito del "controllo analogo".

Come abbiamo osservato all'interno del primo capitolo, nel biennio 2005-2006 – in particolare con le sentenze *Stadt Halle*, *Coname*, *Parking Brixen* e *Carbotermo* – si è registrato un progressivo irrigidimento, da parte dei giudici comunitari, nell'interpretazione riguardante il requisito del "controllo analogo"⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Direttiva che, come ricordano le Sezioni Unite, lascia liberi gli Stati membri di decidere le modalità organizzative della prestazione dei servizi d'interesse economico generale (art. 1, par. 6). "È perciò certamente consentito – osservano i giudici di legittimità – che, in conformità ai principi generali del diritto comunitario, gli enti pubblici scelgano se espletare tali servizi direttamente o tramite terzi e che, in quest'ultimo caso, individuino diverse possibili forme di esternalizzazione, ivi compreso l'affidamento a società partecipate dall'ente pubblico medesimo". A livello di trattati, i servizi di interesse economico generale (SIEG) sono menzionati all'art. 106 TFUE e all'art. 14 TFUE. Sul tema, v. L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *I servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto europeo. Parte speciale*, diretto da M.P. CHITI-G. GRECO, 2007, IV, p. 1791 e ss. e, con specifico riferimento agli affidamenti *in house*, p. 1872 e ss. Più di recente, v. AA.VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, 2010.

⁵⁹⁸ Dopo la prima generica formulazione del "controllo analogo", datata 1999 (*Teckal*), la Corte di giustizia ha subito provveduto, con le pronunce *Stadt Halle* e *Coname*, entrambe del 2005, a: *i*) stabilire l'incompatibilità della figura del "controllo analogo" con la presenza di soci privati; *ii*) richiedere un controllo societario individuale (cioè esercitato da un solo ente pubblico), o quasi-totalitario (la casistica non aveva ancora fatto emergere – a quel tempo – casi di controllo plurimo o congiunto). Successivamente, con la sentenza *Parking Brixen*, pronunciata sul finire del 2005, la Corte di giustizia è giunta a *iii*) sancire che il controllo totalitario del capitale non è sufficiente a configurare il "controllo analogo", quando siano in corso programmi (o comunque possibilità concrete) di privatizzazione, anche parziale, della società, e, inoltre, quando sia previsto un programma di espansione imprenditoriale dell'attività della società medesima, affidato alle scelte autonome dell'organo amministrativo. Tutti questi "principi" sono stati poi messi in atto, contemporaneamente, nel 2006, all'interno della sentenza *Carbotermo*, esempio perfetto del rinnovato orientamento restrittivo della Corte di giustizia. Innanzitutto, i giudici comunitari hanno negato la sussistenza del "controllo analogo" in una situazione

Ebbene, la situazione ha cominciato a mutare nel 2007, momento in cui si può dire che la Corte “abbia assunto un atteggiamento meno rigoroso nell’ accertamento del controllo analogo”⁵⁹⁹. In particolare, con la sentenza *TRAGSA*⁶⁰⁰ “si è introdotto un elemento di incertezza in un panorama giurisprudenziale che sembrava definito in modo coerente dalle sentenze precedenti”⁶⁰¹, incertezza confermata pochi mesi dopo dalla sentenza *Correos*⁶⁰². Il motivo per cui queste due sentenze “segnano certamente una rottura rispetto all’ orientamento precedente”⁶⁰³, risiede nel fatto che la Corte di giustizia sembra lasciar cadere i due pilastri su cui si reggeva la costruzione anteriore – il dominio totalitario di un ente pubblico sull’ organizzazione d’ impresa e la destinazione esclusiva (o almeno largamente prevalente) della sua attività allo svolgimento di compiti di autoproduzione⁶⁰⁴ –, per far dipendere la legittimità di

in cui vi era il controllo indiretto della società aggiudicataria, mediante una *holding* controllata al 99,8% (!) dal Comune committente, *holding* che a sua volta deteneva il controllo totalitario della società affidataria. Non solo: in secondo luogo, il requisito del “controllo analogo” è stato ritenuto mancante già per la sola circostanza che la società controllata fosse una s.p.a., “il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma”.

⁵⁹⁹ S. PICONE, *Il controllo pubblico nelle società miste pubblico-pubblico e pubblico-privato*, op. cit., p. 421.

⁶⁰⁰ CGCE, 19 aprile 2007, C-295/05, in <http://curia.europa.eu>, riguardante una società di diritto speciale, che derivava dalla trasformazione della precedente azienda statale spagnola per le foreste demaniali, partecipata dal Regno di Spagna al 96% e da alcune regioni (sempre soci pubblici, dunque) per il restante 4%. La sua attività è disciplinata dalla legge: essa non è titolare di diritti speciale od esclusivi, bensì di “doveri speciali”, avendo l’ obbligo di prestare i suoi servizi a semplice richiesta e a tariffe predeterminate in via amministrativa, a tutti gli enti pubblici spagnoli (anche non soci); per il resto, può operare liberamente sul mercato (anche se si tratta di un mercato molto particolare, quale è quello costituito dall’ offerta di servizi di sistemazione idrogeologica e forestali in genere, che non sono certo destinati ai consumatori finali e vedono, dal lato della domanda, soprattutto soggetti pubblici).

⁶⁰¹ M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d’ impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1207.

⁶⁰² CGCE, 18 dicembre 2007, C-220/06, in <http://curia.europa.eu>, riguardante ancora una società spagnola di diritto speciale, questa volta concessionaria di pubblico servizio (postale, nelle specie).

⁶⁰³ M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’ attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 214.

⁶⁰⁴ Nel caso *TRAGSA*, ad esempio, il “controllo analogo” è stato ritenuto sussistente, ma non tanto per la presenza di un controllo pubblico quasi totalitario del regno di Spagna sull’ organizzazione della società, quanto piuttosto sulla rilevanza del carattere “servente” *ex lege* della società nei confronti di tutte le amministrazioni pubbliche. Come osserva M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’ attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 213, il “controllo analogo” “starebbe dunque nella mancanza di autonomia della società, nell’ essere cioè questa un ente strumentale e di servizio tecnico dell’ amministrazione pubblica”. In questo modo, secondo l’ A., “il legame stretto fra controllo societario e funzione di autoproduzione a favore dell’ ente socio sostanzialmente sembra sfumare”.

Ancora più ambiguo, poi, il caso *Correos*, in cui la Corte di giustizia lascia sospeso il giudizio sull’ esistenza del requisito del controllo analogo, rinviando il caso al giudice nazionale.

affidamenti diretti dal solo fatto che alcune società siano “gravate per legge da compiti che potremmo definire di servizio universale in certi settori”⁶⁰⁵.

I dubbi legati alle sentenze *TRAGSA* e *Correos* vengono però superati, nella giurisprudenza successiva. Ciò è avvenuto con la sentenza *Asi Comune di Mantova*⁶⁰⁶, riguardante una società affidataria che vedeva una partecipazione pubblica prevalente del Comune committente, ma non certo un controllo totalitario: i soci di minoranza erano, in effetti, altrettante società a controllo pubblico, ma l’apertura del capitale ai privati era stata ufficialmente programmata⁶⁰⁷. In questo caso, la Corte di giustizia riscontra i requisiti del “controllo analogo”, pur a fronte di partecipazioni private⁶⁰⁸ di modesta entità e semplicemente sulla base dell’accertamento che il Comune svolgeva un controllo finanziario e contabile sulla società, attraverso deliberazioni di finanziamento del consiglio comunale e la presenza di un funzionario delegato del comune presso gli uffici della società⁶⁰⁹. In questi termini, il controllo analogo sembra rideterminarsi come una situazione di potere di indirizzo e di controllo sulla gestione della società affidataria, non necessariamente assoluto, e suscettibile di fondarsi su diversi strumenti giuridici⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 214.

⁶⁰⁶ CGCE, 17 luglio 2008, C-371/05, in <http://curia.europa.eu>.

⁶⁰⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 215. Questi i passaggi fondamentali della sentenza (§§ 27-29): “la Commissione [ricorrente, *ndr*] sostiene che la suddetta condizione [quella del “controllo analogo”, *ndr*] non poteva essere soddisfatta in quanto, in primo luogo, al momento della stipula della convenzione partecipavano al capitale dell’ASI due organismi di diritto privato, la TEA S.p.A. e l’APAM S.p.A., e, in secondo luogo, anche a voler supporre che l’ASI fosse una società a capitale interamente pubblico, la partecipazione di soci privati era esplicitamente prevista sin dalla sua costituzione. Orbene, quanto al primo argomento avanzato dalla Commissione, è sufficiente constatare che quest’ultima non ha contestato le informazioni fornite dalla Repubblica italiana [convenuta, *ndr*] nella controreplica in base alle quali le due società in questione erano a loro volta imprese comunali. Per quanto riguarda il secondo argomento esposto dalla Commissione, si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest’ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell’autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l’eventuale obbligo per l’amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d’appalto dev’essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell’aggiudicazione dell’appalto pubblico di cui trattasi”.

⁶⁰⁸ Perlomeno, ritenute tali dalla Commissione: v. nota precedente.

⁶⁰⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d’impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1207.

⁶¹⁰ M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 215. Come osservato da S. PICONE, *Il controllo pubblico nelle società miste pubblico-pubblico e pubblico-privato*, op. cit., pp. 421-422, “la Corte è stata chiamata a vagliare l’adeguatezza dei primi (rudimentali) espedienti inventati dagli enti

Ancora, con la sentenza *Coditel Brabant*⁶¹¹, i giudici comunitari mostrano di aver definitivamente rimeditato il precedente orientamento restrittivo, giacché acconsentono all'utilizzo del principio maggioritario per la verifica del "controllo analogo", affermando che esso sussiste anche quando sia esercitato con il voto a maggioranza negli organi assembleari⁶¹². Si tratta di un aspetto di sicuro interesse: la pronuncia esprime, in modo ancora più netto, il riconoscimento della possibilità che il "controllo analogo" si presenti nella forma del controllo congiunto⁶¹³.

L'ultimo passaggio evolutivo, sulla via dell'attenuazione dei requisiti previsti dalla giurisprudenza *Teckal-Carbotermo*, riguarda la parziale riammissione delle società miste pubblico-privato quali destinatarie di affidanti diretti⁶¹⁴. Soltanto due le condizioni (aggiuntive) da rispettare: che il partner privato sia scelto mediante gara e

locali per assicurare una parvenza di controllo analogo, con tecniche del tutto atipiche rispetto al diritto societario italiano". Più in particolare, il Comune di Mantova aveva previsto, nello statuto e nel contratto di servizio con una società interamente pubblica, la figura del "funzionario comunale con compiti di controllo e di stimolo" dell'attività societaria, affidataria diretta di servizi informatici per conto dei comuni soci. Si trattava di un soggetto (persona fisica) estraneo alla società, dipendente dell'ente pubblico-socio (il Comune di Mantova era titolare di una partecipazione societaria del 20%), che garantiva la concreta attuazione del controllo analogo in questa forma originale. Nel caso affrontato con la sentenza *SeTCo* (10 settembre 2009, C-573/07, cit.) erano stati invece costituiti dei "comitati di controllo". In particolare, un comitato di natura politica, composto dagli assessori dei comuni soci, e un comitato tecnico, composto dai dirigenti dei comuni affidanti, i secondi abilitati dallo statuto a esercitare sulla società gli stessi poteri di direzione gerarchica attribuiti loro dal T.U.E.L. Lo stesso Picone rileva che "sulla compatibilità di siffatti strumenti con il diritto comunitario, la Corte si è pronunciata in senso positivo", ma "resta ovviamente irrisolto il problema della dubbia conformità degli stessi al diritto societario italiano".

⁶¹¹ CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07, in <http://curia.europa.eu>.

⁶¹² In questi termini, S. PICONE, *Il controllo pubblico nelle società miste pubblico-pubblico e pubblico-privato*, op. cit., p. 421. Un ulteriore aspetto di interesse legato a questa pronuncia è evidenziato da M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 215, e consiste nel fatto che, nell'iter argomentativo, si riconosce che la mancanza di "vocazione commerciale" del soggetto affidatario è un elemento corroborante – accanto al controllo analogo e alla destinazione prevalente – della legittimità dell'affidamento diretto. L'A. osserva che "il fatto di presentare la «non vocazione commerciale» come un elemento logicamente connesso al «controllo analogo» introduce, in realtà, un equivoco", poiché la vocazione commerciale "non esclude la possibilità di un controllo pieno di un soggetto pubblico, almeno al livello della direzione strategica".

⁶¹³ Purché condiviso da soci tutti pubblici e fruitori dei servizi della società strumentale: cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 215. Questa prospettiva è coltivata anche nella successiva sentenza *SeTCo* del 10 settembre 2009, cit., ove la Corte di giustizia statuisce che il "controllo analogo" non è necessariamente un controllo individuale, anzi: è opportuno favorire il fenomeno dell'associazionismo fra enti pubblici al fine della gestione di servizi in comune. Il "controllo analogo" può essere dunque anche un controllo congiunto, che può esprimersi anche attraverso la partecipazione dell'azionista ad organi collegiali; occorre comunque un controllo congiunto, in termini tali che l'ente affidante abbia "una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti" della società affidataria.

⁶¹⁴ Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 216.

che sia stato preventivamente individuato il servizio a cui la collaborazione partenariale è destinata⁶¹⁵. Vanno in questa direzione le sentenze *Acosel*⁶¹⁶ e *Mehiläinen Oy*⁶¹⁷, pronunciate dalla Corte di giustizia rispettivamente nel 2009 e nel 2010.

Terminato questo *excursus* giurisprudenziale, si deve prendere atto – afferma Mario Libertini – che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, il requisito del “controllo analogo” si è ormai evoluto, fino ad assumere quattro possibili significati, relativi a fattispecie diverse⁶¹⁸. Pur evitando di riportare per intero la quadripartizione realizzata dall’Autore, che s’invita comunque a consultare, è bene coglierne lo spirito: non accontentarsi di facili generalizzazioni.

Il caso Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. (società, lo ricordiamo, interamente partecipata dal Comune di Civitavecchia) configura un’ipotesi di controllo individuale da parte di un ente pubblico sulla società affidataria: “in ordine a questa figura, la giurisprudenza comunitaria ci dice che il controllo individuale dev’essere totalitario e deve essere caratterizzato da un *quid pluris* rispetto al normale controllo societario”⁶¹⁹. Acquisito dunque che il semplice controllo azionario totalitario è necessario, ma non sufficiente a configurare il “controllo analogo”, il *quid pluris*, richiesto dalla Corte di giustizia, può ricostruirsi nel senso che l’ente pubblico azionista deve mantenere un’influenza dominante sulla direzione strategica della società; non occorre invece anche un controllo diretto sul *day by day management*⁶²⁰. Non occorre, ma soprattutto non è opportuno: l’efficienza delle società di autoproduzione sarà tanto meglio

⁶¹⁵ Esattamente come richiesto dalla *Comunicazione* della Commissione del 12 aprile 2008 sul “partenariato pubblico-privato”.

⁶¹⁶ CGCE, 15 ottobre 2009, C-196/08, in <http://curia.europa.eu>, che ammette “l’affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l’esecuzione preventiva di determinati lavori” ad una società di capitale misto, purché la scelta del socio privato, all’interno di tale società, sia avvenuta mediante una procedura di evidenza pubblica, rispettosa dei principi di libertà di concorrenza.

⁶¹⁷ CGCE, 22 dicembre 2010, C-215/09, <http://curia.europa.eu>, in cui l’affidamento diretto ad una società mista finlandese è stato giudicato illegittimo, proprio perché la scelta del partner privato era avvenuta senza gara.

⁶¹⁸ Cfr., ancora una volta, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, op. cit., pp. 217-218.

⁶¹⁹ M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 217.

⁶²⁰ Cfr. E. LA MARCA, *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema della società a capitale interamente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 576.

raggiunta quanto più sarà valorizzata la capacità tecnica e professionale dei *managers* designati dal soggetto pubblico⁶²¹.

2.3. Il giudice amministrativo italiano e il “controllo analogo”.

Spostando ora la nostra attenzione sul panorama giurisprudenziale italiano, ci limiteremo a un’analisi delle pronunce più recenti con il precipuo obiettivo di verificare se i giudici nazionali abbiano seguito oppure no l’evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di “controllo analogo”.

In via preliminare, al fine di ricordare quale sia il metodo da seguire nell’applicazione di concetti e istituti di origine comunitaria, si possono utilizzare le parole del Consiglio di Stato: “va osservato al riguardo che l’istituto dell’*in house providing* trova una precisa matrice comunitaria nei pronunciati della Corte di Lussemburgo. L’interpretazione della normativa interna (art. 113, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 267/2000, va dunque condotta sul filo di quei vincolanti precedenti come accade ogniqualvolta il giudice nazionale si trovi a dovere fare applicazione di nozioni forgiate in ambito sopranazionale”⁶²².

⁶²¹ “Del resto, anche il successo delle vecchie aziende municipalizzate, quando effettivamente conseguito nell’esperienza storica, dipendeva dalla valorizzazione di tecnici interni, a cui l’ente pubblico riconosceva un’elevata autonomia gestionale”: così, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, op. cit., p. 218. L’Autore, per così dire, “aggiunge” un supporto sistematico a tale lettura: se in tema di controllo congiunto “è ritenuta sufficiente [dalla giurisprudenza, ndr] la situazione di «influenza determinante» sulla gestione strategica”, la quale “non può certo implicare un potere pervasivo, tale da consentire all’azionista la diretta determinazione di tutte le scelte amministrative”, “non si vede allora perché una soluzione analoga non debba valere anche per il controllo individuale”; tutto ciò “con la sola differenza, che viene *in re ipsa*, che il controllo individuale sarà, in casi del genere, strutturalmente più forte, perché non condizionato dal potere di veto di altri azionisti; esso sarà quindi qualificabile piuttosto come «dominante», anziché semplicemente «determinante». Del resto, l’Autore già nel 2008 (ID., *Organismo di diritto pubblico, rischio d’impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, op. cit., p. 1207) osservava: “è evidente [...] che il rigore precedente [...] si è attenuato, e che la giurisprudenza comunitaria è passata da un’idea di «controllo analogo» ispirata all’analogia con il controllo gerarchico proprio delle organizzazioni pubbliche ad un’idea di controllo molto più elastica, che è propria dei rapporti tra imprese”; di conseguenza “il parallelismo funzionale tra «società soggetta a controllo analogo» e «azienda autonoma» non è dunque più fermo, come negli anni precedenti, ed oggi [...] il vincolo comunitario in materia di affidamenti *in house* appare sostanzialmente allentato”. Parallelismo messo invece in evidenza, appena due anni prima (nel pieno dell’orientamento restrittivo), da G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., p. 1010 e ss.

⁶²² Il monito dei giudici di Palazzo Spada è in Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447, in www.giustizia-amministrativa.it.

Fatta questa premessa, ci si può finalmente immergere nel dibattito riguardante la definizione dei parametri che consentono di affermare come effettivamente sussistente il “controllo analogo”. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa di primo grado sembra divisa⁶²³.

Per un orientamento che si potrebbe definire “classico”, la giurisprudenza di riferimento comunitaria cui fare riferimento è ancora quella delle rigide sentenze del biennio 2005-2006, così che gli strumenti del diritto societario, anche nelle ipotesi in cui attribuiscono all’ente socio un controllo sostanziale sulla società, non sono sufficienti perché possa dirsi sussistente un “controllo analogo” a quello esercitato sui servizi interni, a nulla valendo l’attribuzione di poteri diversi da quelli che consentano un reale potere di direzione e coordinamento dell’attività del soggetto partecipato⁶²⁴. In tal senso, la partecipazione totalitaria e il dominio assoluto dell’assemblea, se non sono accompagnati da un espresso divieto di cessione futura delle azioni e dall’attribuzione di poteri pubblicistici che consentano all’ente socio di determinare il contenuto di ogni singolo atto di gestione, non consentirebbero di qualificare come “analogo” il controllo esercitato sulla società partecipata⁶²⁵.

⁶²³ M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 859. Il presente *excursus* giurisprudenziale è limitato a pronunce di primo grado sia per evitare ripetizioni inutili (nella giurisprudenza del Consiglio di Stato le “oscillazioni interpretative” sono sostanzialmente identiche a quelle riportate nel testo, con riferimento ai tribunali amministrativi regionali), sia perché pare più suggestivo riportare analisi e considerazioni di chi – appunto – “per primo” s’imbatte in società *in house* (o presunte tali).

⁶²⁴ Cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. I, 23 marzo 2012, n. 892, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che “il requisito del «controllo analogo», idoneo ad escludere la sostanziale terzietà dell’affidatario domestico rispetto al soggetto affidante, è da ritenersi sussistente solo in presenza di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato da parte dell’ente controllante-affidante, che consenta cioè a quest’ultimo di dettare le linee strategiche e di influire in modo effettivo ed immediato sulle decisioni dell’affidatario. Il «controllo analogo» postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l’ente pubblico affidante, in modo che quest’ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare «tutta» l’attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall’ordinamento. Deve trattarsi di una relazione equivalente, ai fini degli effetti pratici – pur se non identica in ragione della diversità del modulo organizzatorio – ad una relazione di subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell’ente pubblico sul soggetto societario. Nel caso di *in house providing* è necessario che il consiglio di amministrazione della S.p.A. affidataria *in house* non abbia rilevanti poteri gestionali e che l’ente pubblico affidante, eserciti, pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della *governance* rispetto alla maggioranza azionaria”.

⁶²⁵ Cfr. TAR Puglia, sez. I, 2 aprile 2013, n. 458, in www.dejure.it, ove si fa riferimento al requisiti del “controllo analogo” così come delineati in Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in www.dejure.it, di cui si riporta una delle massime ufficiali: “l’affidamento diretto (*in house*) di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente

Per converso, un differente orientamento ha colto quell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia descritta poco sopra⁶²⁶. Proprio in applicazione dei più recenti arresti dei giudici comunitari, il giudice amministrativo italiano ha affermato che gli indici rivelatori del controllo riservato ai soci rispetto agli obiettivi strategici e alle decisioni più rilevanti della società possono essere rappresentati dalla devoluzione all'assemblea, da parte dello statuto, delle scelte aventi ad oggetto l'approvazione del piano industriale e di ogni altra decisione significativa, nonché di poteri di indirizzo, coordinamento e controllo sulle specifiche attività assegnate dai soci pubblici alla società⁶²⁷. Secondo questa linea interpretativa, deve ritenersi, per un

separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una «derivazione», o una «*longa manus*», dell'ente stesso. Infatti, in ragione del cd. «controllo analogo», che richiede non solo la necessaria partecipazione pubblica totalitaria (posto che la partecipazione, pur minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi) e la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile (non deve essere statutariamente consentito che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; il consiglio di amministrazione della società deve essere privo di rilevanti poteri gestionali; all'ente pubblico controllante dev'essere consentito l'esercizio di poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale; l'impresa non deve acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico, con la conseguente apertura obbligatoria della società ad altri capitali, fino all'espansione territoriale dell'attività a tutta l'Italia e all'estero; le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante) e della cd. «destinazione prevalente dell'attività» (cioè il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare), l'ente «*in house*» non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa».

⁶²⁶ Evoluzione che, secondo M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 859, «ha avuto il momento più significativo nella sentenza 17 luglio 2008 (in C-371-2005)»: si tratta della pronuncia *Asi Comune di Mantova*, cui hanno dato rilievo, tra gli altri, R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, 2012, p. 293 e ss., e C. ALBERTI, *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, op. cit., p. 23 e ss.

⁶²⁷ Cfr. TAR Toscana, sez. I, 20 dicembre 2012, n. 2090, in www.dejure.it. Il convenuto (il Comune di Prato), il quale ha reputato cessato per legge l'affidamento in favore della ricorrente (la società Consiag Servizi S.r.l) e ha proceduto pertanto all'individuazione delle nuove modalità di gestione dei servizi, giustifica il proprio operato – tra le altre cose – negando la sussistenza di un “controllo analogo”; ciò in base alla “mancanza di un rapporto gerarchico idoneo a garantire al Comune un potere di direzione, coordinamento e supervisione della società”, nonché in base all’“impossibilità per il Comune, detentore di un numero all'uopo insufficiente di quote societarie, di paralizzare le iniziative non conformi ai suoi interessi e di svolgere un adeguato controllo sull'operato della società”. Questa la risposta del giudice toscano: “gli argomenti adoperati dall'amministrazione contrastano irrimediabilmente con i consolidati indirizzi della giurisprudenza nazionale, modellata su quella europea, secondo cui, nel caso di affidamento *in house* conseguente alla istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente [...]”

verso, che il “controllo analogo” debba riferirsi ai soli atti più significativi (e non anche tradursi nella sottrazione all’organo amministrativo del potere di ordinaria gestione); per altro verso, che per la sua sussistenza debbano ritenersi adeguati gli strumenti offerti dal diritto societario, a condizione che attribuiscono all’ente controllante la capacità di determinare il segno della decisione⁶²⁸. In modo corrispondente, il requisito in parola è stato ritenuto soddisfatto quando la formulazione stringente dell’oggetto sociale, l’integrale partecipazione pubblica e la devoluzione agli enti pubblici (per mezzo dell’assemblea) della nomina degli amministratori garantiscano l’esigenza che la società non abbia o acquisisca una vocazione commerciale che ne renderebbe più difficoltoso il controllo da parte degli enti soci⁶²⁹.

E, nella specie, gli indici rivelatori del controllo riservato ai soci rispetto agli obiettivi strategici ed alle decisioni più rilevanti della società (cfr. Corte Giustizia CE, Sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05) sono rappresentati dalla devoluzione all’assemblea, da parte dello statuto di Consiag Servizi S.r.l., delle scelte aventi ad oggetto l’approvazione del piano industriale annuale e pluriennale, inclusi i budget economici, gli investimenti e le politiche finanziarie, e la verifica dei risultati, insieme ad ogni altra decisione significativa per la vita della società; nonché di poteri di indirizzo, coordinamento e controllo sulle specifiche attività affidate dai Comuni alla società medesima, poteri regolamentati di volta in volta dal relativo disciplinare di servizio. Allo stesso tempo, lo statuto di Consiag S.p.a., società interamente pubblica titolare del 93% delle quote di Consiag Servizi S.r.l. e partecipata al 37,88% dal Comune di Prato (socio di maggioranza relativa), riserva all’assemblea dei soci l’approvazione del piano programmatico di indirizzo e di sviluppo predisposto dal consiglio di amministrazione e l’autorizzazione preventiva sulle operazioni di cessione d’azienda o di rami d’azienda, di acquisto di partecipazioni di valore superiore al 2% del patrimonio netto in altre società aventi oggetto non affine, e l’assunzione e dimissione di partecipazioni di controllo in società, enti e associazioni, risultandone in tal modo soddisfatto il requisito del controllo sulle decisioni strategiche della società e, segnatamente, di quelle destinate a riflettersi sull’attività di Consiag Servizi S.r.l.”.

⁶²⁸ Così, M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 859.

⁶²⁹ Cfr. TAR Emilia-Romagna – Bologna, sez. II, 31 maggio 2012, n. 111, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui il giudice, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente (A.I.P.A. – Agenzia Italiana per le Pubbliche Amministrazioni S.p.A.), ritiene che sussistano gli estremi di un “controllo analogo”, esercitato dall’ente pubblico convenuto (il Comune di Misano Adriatico) nei confronti di una società da questo partecipata (Geat S.p.A.). Molto puntuale l’analisi dello statuto della società, compiuta dal Tar: “dalla lettura dello Statuto GEAT emerge con nettezza la sussistenza, in capo ai Comuni soci, di effettivi poteri in grado di limitare in modo determinante i poteri degli organi di gestione e amministrazione della società. Nel dettaglio, si rileva che l’art. 4 dello Statuto, nel prevedere che l’esclusivo oggetto sociale di GEAT sia unicamente la gestione di servizi strumentali a favore degli enti locali soci, soddisfa l’esigenza che la società strumentale non abbia e/o acquisisca una vocazione commerciale che ne renderebbe più difficoltoso il controllo da parte dell’ente pubblico socio; analoghe finalità risultano assolte anche dall’art. 18, ove è attribuita agli enti locali soci la nomina dei membri del Consiglio di Amministrazione. L’art. 6, a sua volta, nell’esigere che la totalità del capitale sia pubblica, garantisce, sotto diverso profilo, il mantenimento delle finalità pubblicistiche per le quali è stata costituita la società strumentale. Al fine di garantire la sussistenza di un “controllo analogo” da parte degli enti territoriali soci, l’art. 19 dello Statuto prevede che il Consiglio di Amministrazione debba relazionare trimestralmente l’assemblea dei soci «sullo stato di attuazione degli obiettivi strategici nonché sull’andamento della gestione ordinaria e straordinaria della Società». Infine, ulteriore disposizione che prevede forme incisive di controllo dei soci sul Consiglio di amministrazione è quella contenuta nell’art. 23 bis, ove l’istituzione del «Coordinamento dei soci», conferisce a tale organo diversi incisivi poteri in merito alla definizione delle strategie sociali, allo stato di attuazione degli obiettivi e allo stato della qualità del servizio, nonché di controllo, anche ispettivo, sulla gestione

Ebbene, come osserva Marco Dugato, questo secondo orientamento – che l’Autore definisce “evolutivo” – sembra aver colto nel segno: “proprio l’espressione «controllo analogo» impone di considerare il risultato e non la via giuridica, essendo in molti ordinamenti giuridici impossibile un controllo identico negli strumenti ed essendo invece possibile un controllo analogo o equivalente rispetto a quello dell’organizzazione strettamente pubblicistica. L’ordinamento italiano è senz’altro uno di quelli”⁶³⁰.

Insomma, il termine “analogo” dovrà pur significare qualcosa. Considerando che: *i*) la funzione precipua della Corte di giustizia è assicurare il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei trattati⁶³¹; *ii*) il controllo in fatto che essa

aziendale e sul bilancio. Il Collegio ritiene, pertanto, sulla base degli elementi evidenziati e delle considerazioni sopra svolte, che lo statuto di GEAT s.p.a. contenga norme che prevedono, da parte degli enti territoriali soci rispetto al consiglio di amministrazione della stessa società, forme di «controllo analogo» a quelle esercitate nelle attività di servizi espletate direttamente, con conseguente infondatezza del relativo mezzo d’impugnazione”. Come se non bastasse, il giudice di preoccupa anche di specificare che “parimenti è da respingere l’ulteriore censura, con la quale A.I.P.A. s.p.a. ritiene che, nel caso di specie, il c.d. «controllo analogo» non possa comunque essere esercitato dal comune di Misano Adriatico, vista la limitata partecipazione di questo Comune al capitale sociale di GEAT s.p.a. Il Collegio deve rilevare in proposito, sul punto condividendo appieno un autorevole indirizzo giurisprudenziale, che è legittimo l’affidamento diretto del servizio a società strumentale da parte di un Comune socio di minoranza della società, qualora il necessario controllo analogo sulla stessa sia esercitato congiuntamente da parte delle amministrazioni locali socie per la totalità del capitale sociale”. L’autorevole indirizzo giurisprudenziale di cui parla il Tar emiliano è espresso da Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970, in www.dejure.it.

⁶³⁰ M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, op. cit., pp. 859-860, che poi prosegue: “è infatti necessario contemperare le ragioni del controllo analogo proprie delle società *in house* con quelle dell’art. 2497 c.c., che punisce con la responsabilità illimitata del socio l’ipotesi dell’attività di direzione e coordinamento delle società esercitata attraverso strumenti che, fuori del fisiologico assetto delle attribuzioni, consentano al socio di piegare ad interessi extrasociali l’azione della società”. Nello stesso senso, C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI-M. DUGATO, op. cit., p. 112, secondo cui è evidente “quanto la disciplina contenuta negli art. 2497 ss. del codice civile contribuisca ad ancorare la società, benché a partecipazione pubblica, agli interessi sociali, chiudendo ad interferenze esterne di tipo pubblicistico. Su questo occorre riflettere, specie quando si cercano strumenti che consentano all’ente di esercitare un controllo sulla società [...] tale da integrare i presupposti del modello *in house*. È chiaro, infatti, che l’esercizio di un controllo penetrante sulla società si scontra con l’eventualità che l’ente stesso incorra in un’ipotesi di responsabilità da direzione e coordinamento”. Su questo tema, v. F. FIMMANO’, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 33 e ss., secondo cui invece l’*in house providing* (e, in particolare, il “controllo analogo”) determina automaticamente l’insorgere, in capo all’ente pubblico socio, di una responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. Secondo questi, dunque, non è possibile “contemperare” (come invece è ipotizzato da Dugato): “laddove si verifichi l’ipotesi controllo analogo contemplata dalla sentenza a sezioni unite in oggetto, ci troviamo di fronte ad un caso di violazione, *in re ipsa*, delle regole dettate dal codice civile in tema di eterodirezione e coordinamento” (p. 36). Si tratta di un’opinione espressa a più riprese dall’A., anche prima di Cass. n. 26283/2013: cfr., ad es., F. FIMMANO’, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, op. cit., p. 990 e ss.

⁶³¹ V. art. 19 TUE.

compie investe anche l'“armonia” del sistema giuridico dell'Unione complessivamente considerato, cioè la compatibilità delle norme, degli atti amministrativi o delle prassi nazionali con il diritto dell'Unione, trattati e atti di diritto derivato⁶³²; *iii*) il panorama in cui essa è chiamata a operare è assai ampio e variegato, poiché vede coinvolti ben 28 Paesi membri, dotati ciascuno di un proprio diritto nazionale, cosa è più ragionevole pensare? Che la Corte di giustizia soppesi l'uso di certe parole o che queste siano impiegate in modo casuale?

Molto spesso ci si dimentica della minuziosa opera di bilanciamento che i giudici comunitari compiono quando costruiscono concetti, forgiando istituti o, più modestamente, risolvono controversie⁶³³.

⁶³² Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 48. Per rendere l'idea del ruolo rivestito, ieri come oggi, dalla Corte di giustizia, v. le successive considerazioni svolte dall'A., a p. 229 e ss.: “la complessità del sistema giuridico dell'Unione europea ed in particolare l'origine diversa – internazionale, comunitaria, nazionale – delle norme giuridiche che lo compongono, richiedeva uno sforzo di immaginazione e di sapiente ingegneria giuridica per gestire nel migliore dei modi la relazione tra quelle norme in funzione della corretta disciplina dei rapporti giuridici rilevanti. Ed invero la specificità del sistema dell'Unione rispetto ad altre esperienze di cooperazione organizzata tra Stati e, dunque, di convivenza tra diversi ordinamenti giuridici non risiede tanto nel modo di essere del rapporto tra norme ed ordinamenti di natura e origine diversa, quanto nel meccanismo di tutela giurisdizionale che è stato realizzato per gestire quel rapporto. Si tratta, infatti, di un meccanismo di tutela che non ha precedenti in altre esperienze, sia sotto il profilo funzionale e dell'articolazione del sistema complessivamente considerato, sia sotto il profilo degli effetti che il suo funzionamento produce sulla posizione giuridica dei «destinatari» del sistema stesso: le istituzioni dell'Unione, gli Stati membri e – ciò che ancora più rileva – i singoli, persone fisiche e giuridiche. Non a caso il sistema di controllo giurisdizionale è stato l'elemento fondamentale di quel modo di essere della Comunità europea che è stato rappresentato con l'espressione, tanto suggestiva quanto emblematica, «Comunità di diritto». Tale espressione vuole sostanzialmente ammonire che il controllo giurisdizionale sul funzionamento del sistema nel suo insieme, così come prefigurato nei Trattati ed articolato sulle funzioni della Corte di giustizia e dei giudici nazionali, non devono e non possono sottrarsi né le istituzioni, né gli Stati membri, né i singoli. Alla realizzazione di questo risultato ha contribuito non poco il giudice dell'Unione europea, che ha utilizzato fino in fondo le potenzialità dei Trattati e soprattutto ha garantito con forza ed attenzione sempre maggiori la puntuale tutela delle posizioni giuridiche su cui incide il diritto comunitario o che sono da esso create, in particolare le posizioni giuridiche soggettive del singolo; e ciò indipendentemente da una sintonia col diritto nazionale, anzi talvolta indicando espressamente i mezzi di tutela adeguati quando il sistema nazionale non li prevedesse. Viene in rilievo al riguardo il ruolo che la Corte di giustizia, anche in cooperazione con il giudice nazionale, ha svolto, da un lato, nella puntualizzazione di diritti ed obblighi facenti capo agli Stati membri, alle istituzioni dell'Unione e ai singoli; dall'altro, nel perfezionamento dei meccanismi posti a tutela di quei diritti e a verifica del puntuale adempimento di questi obblighi, affinché l'una e l'altra fossero per quanto possibile effettive ed efficaci. L'insieme dei rimedi che agli «amministrati» è dato di attivare deve sostanzialmente garantire loro una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. In definitiva, il sistema di tutela giurisdizionale risulta essere il vero e generale strumento per rendere effettivo il sistema giuridico nel suo complesso e per realizzare la ricordata Comunità di diritto”. Sul rapporto (spesso conflittuale) fra corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia, nonché sul modo in cui quest'ultima utilizza il diritto e la giurisprudenza degli Stati membri, v. l'interessante studio di G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, 2010, p. 62 e ss., p. 173 e ss.

⁶³³ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 133 e ss., le cui riflessioni, pur se contenute in discorso riferito ai servizi pubblici (e dunque non in modo diretto ed esplicito all'*in house providing*), sono valide a trecentosessanta gradi. In particolare, l'Autrice osserva

Se la Corte di giustizia utilizza il termine “controllo analogo” – senza dirci quali siano, in via generale, i poteri di controllo idonei ad assimilare il soggetto esterno a un elemento appartenente all’organizzazione della P.A. –, il messaggio che essa intende lanciare è chiaro: “l’analogia attiene al risultato (il controllo), non alle forme di questo”⁶³⁴. Chiarito ciò, una volta scelta la forma della società di capitali, quel che la giurisprudenza comunitaria pretende “non è affatto la capacità di imporre alla società il segno di ogni atto quotidiano di amministrazione ordinaria, bensì soltanto la possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti del soggetto controllato”⁶³⁵.

Tutto ciò pare confermato dalla recentissima direttiva 2014/24/UE, al cui art. 12, co. 1 campeggia la seguente definizione di “controllo analogo”: “Si ritiene che un’amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata”⁶³⁶.

che “occorre tenere presente che i concetti del diritto comunitario sono costruiti secondo una logica propria, che è dettata dalla ricerca di equilibrio tra lo scopo di aprire i mercati alla concorrenza e la salvaguardia delle prerogative degli Stati membri per l’attuazione delle proprie politiche”. La “logica propria” è legata alla particolarità “del punto di vista assunto per la costruzione”: infatti, “il diritto comunitario costruisce i propri concetti a partire dal significato economico che alcuni fatti assumono dal punto di vista delle condizioni di concorrenza che il diritto comunitario intende promuovere o preservare”.

⁶³⁴ “[segue] Ciò risulta evidente quando l’organizzazione esterna è una società per azioni, la cui disciplina include norme dirette a salvaguardare l’autonomia operativa degli organi di amministrazione”: in questi termini, F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, op. cit., p. 178. Come ricorda M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 860, “le affermazioni devono valere in tutti gli ordinamenti degli stati membri senza interferire con la disciplina interna del diritto societario, tanto che la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto di porre l’obiettivo (il controllo analogo, appunto; l’influenza dominante), senza imporre lo strumento giuridico, che potrebbe risultare incompatibile con il diritto interno”.

⁶³⁵ M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 860.

⁶³⁶ Conformemente a tale nozione di “controllo analogo”, la Corte di giustizia ha rilevato che “deve trattarsi della 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”: così, la recentissima pronuncia CGUE, 8 maggio 2014, C-15/13, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

3. I caratteri del “controllo analogo” secondo le Sezioni Unite.

Perché porre tutta questa enfasi sul requisito del “controllo analogo”? Si tratta di una domanda più che legittima, alla quale, pertanto, occorre rispondere immediatamente.

Nell’impianto della sentenza 25 novembre 2013, n. 26283, un ruolo fondamentale gioca proprio il requisito del “controllo analogo”, rispetto al quale la lettura data dalle Sezioni Unite “è diversa da quella comunemente prospettata dalla giurisprudenza e dalla dottrina di stampo pubblicistico sulla scorta dei pronunciamenti della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, che per prima ha enucleato il concetto di società *in house*”⁶³⁷.

Poiché di dottrina e di giurisprudenza (comunitaria e non) abbiamo già discusso a lungo, è tempo di lasciare spazio alle parole della Cassazione, che – nello sforzo di delineare in modo particolareggiato i requisiti dell’*in house providing* – afferma: “quanto [...] al requisito del cosiddetto controllo analogo, quel che rileva è che l’ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica. L’espressione «controllo» non allude perciò, in questo caso, all’influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull’assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell’ente con modalità e con un’intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale”.

Questa ricostruzione del requisito del “controllo analogo” costituisce l’*humus* in assenza del quale il percorso interpretativo seguito dalle Sezioni Unite non potrebbe in alcun modo nascere e crescere⁶³⁸, come dimostrano le successive affermazioni: “le

⁶³⁷ P. PIZZA, *La Cassazione chiarisce che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento. Fine di un problema?*, op. cit., pp. 12-13.

⁶³⁸ Cfr. M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, op. cit., p. 406, ove si nota che “particolare rilievo risulta assegnato dalla sentenza n. 26283/2013 al requisito del controllo analogo nel

caratteristiche ora sommariamente descritte [natura esclusivamente pubblica dei soci, esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e sottoposizione della società ad un controllo analogo a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici, ndr] – e soprattutto la terza – bastano a rendere evidente l'anomalia del fenomeno dell'*in house* nel panorama del diritto societario”; infatti, “ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale”.

Di conseguenza, “la società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare [...] in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna”.

Alla luce di tali considerazioni, i giudici del Supremo consesso giungono alla nota conclusione, secondo cui “il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva”, e “l'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare”⁶³⁹.

passaggio motivazionale destinato ad evidenziare «l'anomalia dell'*in house* nel panorama del diritto societario».

⁶³⁹ Così commenta L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 46: “nella fenomenologia *in house*, la società finisce con il divenire un mero nome, evocativo di una categoria, ma non di un regime giuridico; l'elemento decisivo – sostanziale – è individuato soltanto ed esclusivamente nella natura pubblica dell'azionista e delle risorse che da esso affluiscono alla società; l'azionista pubblico viene posto in una situazione diversa, sia per quanto riguarda la tutela del suo patrimonio, sia per quanto riguarda la sua autonomia nella decisione di attivare l'azione di responsabilità. Tuttavia, la società, in tal modo, non è più un istituto dotato di specifiche caratteristiche e collegato ad uno specifico regime giuridico, ma si trasforma in un dato meramente formale, manipolabile a piacere e all'infinito. Si inverte, inoltre, il rapporto fra regola ed eccezione, perché la disciplina del codice civile diviene meramente residuale, mentre le norme speciali dettate per ciascuna società pubblica vengono messe in primo piano e divengono decisive per individuare la disciplina applicabile. La lunga marcia verso il distacco dalle società di diritto comune sembra così definitivamente consumato”.

Concentrando ora la nostra attenzione sul “controllo analogo”, e rimandando al paragrafo successivo l’analisi delle (gravi) conseguenze che derivano dal c.d. “squarcio del velo” della personalità giuridica, possiamo subito notare una certa dissonanza tra quanto illustrato nelle pagine precedenti e le affermazioni della Cassazione. In particolare, quest’ultima sembra assumere una posizione decisamente oltranzista, che la colloca addirittura “fuori” dal dibattito sopra descritto. Infatti, sebbene una parte della giurisprudenza amministrativa nazionale continui a sostenere che, per dirsi soddisfatto il requisito del “controllo analogo”, sia richiesta un’ingerenza da parte dell’ente pubblico socio nel *day by day management*, che sottragga all’organo amministrativo della società anche il potere di ordinaria gestione, difficilmente si sente parlare di “posizione di vera e propria subordinazione gerarchica” e, ancor meno, di “potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell’ente”.

Nel loro argomentare, le Sezioni Unite citano l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008, n. 1, rispetto alla quale può essere utile spendere qualche parola. I giudici di Palazzo Spada descrivono l’*in house providing* come un “modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica” e, dopo aver chiarito che la “partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente [...] servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell’ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile”, redigono un elenco di tali strumenti. In particolare, per quel che a noi interessa, il Consiglio di Stato segnala che “il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all’ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale”, e che “le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante”. In sintesi, “si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell’*in house*, occorrendo anche un’influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”. Tutto ciò porta a concludere che “l’*in house* esclude la terzietà, poiché l’affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell’ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l’impresa è anche sotto l’influenza dominante dell’ente”.

La “delegazione interorganica” può definirsi, in termini del tutto generici, come la relazione nella quale una struttura affida l’esercizio di un potere inerente a una propria competenza ad altra struttura, entrambe appartenenti alla medesima amministrazione⁶⁴⁰, intendendosi per quest’ultima una qualsiasi persona giuridica pubblica, necessariamente composta di una pluralità di strutture o, più precisamente, di organi⁶⁴¹. Date queste caratteristiche, il delegante dispone di una serie di poteri da esercitare nei confronti del delegato⁶⁴². Nello specifico, si tratta del potere di

⁶⁴⁰ Cfr. G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, 2013, p. 129, ove ulteriori riferimenti bibliografici in nota 80. V. anche G. TACCOGNA, *La disciplina dell’organizzazione amministrativa. Lezioni*, 2014, p. 93: “accade talvolta [...] che un ufficio-organo di un’amministrazione non eserciti da sé una propria competenza e la faccia esercitare ad un altro ufficio-organo della stessa p.a.”; ebbene, “una prima modalità per conseguire tali risultati [...] consiste nella delega che trasferisce l’esercizio di una funzione (dal delegante al delegato), consentendo quindi al delegato di formare e sottoscrivere come propri gli atti corrispondenti alla funzione, senza tuttavia incidere sulla titolarità di essa (che resta al delegante)”. Sul tema, seppur incidentalmente, v. anche F. FIMMANO’, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., pp. 6-7: “Nel nostro ordinamento la delegazione interorganica, quale istituto riconducibile, nell’ambito pubblicistico, ai sistemi di c.d. esecuzione indiretta, comporta il trasferimento da un soggetto all’altro di competenze, funzioni e poteri, con la conseguenza che il delegante si spoglia di proprie attribuzioni a favore del delegato, il quale a sua volta, agisce solo nell’interesse e per conto di quest’ultimo, acquisendo legittimazione attiva e passiva e diventando direttamente responsabile nei confronti dei terzi degli atti di esecuzione della delegazione”. Sui concetti di attribuzione e competenza, v. nota successiva.

⁶⁴¹ Come ricorda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 10, “ciascuna persona giuridica pubblica comprende una pluralità di organi [...] Non c’è persona giuridica che non abbia almeno due organi”. V. anche G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., p. 33 e ss.: “per lo svolgimento dei propri compiti [...] l’ente pubblico, come qualunque persona giuridica, deve avvalersi di persone fisiche e di beni strumentali. Gli uffici sono, appunto, strutture organizzative, in cui si articola la persona giuridica pubblica, costituite da persone fisiche ad essi preposti, nonché da una dotazione finanziaria e di beni, che consentano l’espletamento di detta attività [...] Tra gli uffici, particolare importanza assumono quelli che sono legittimati a manifestare all’esterno la volontà dell’ente [...] Tali uffici sono qualificati organi”.

È a questo punto che entrano in gioco i concetti di attribuzione e competenza (menzionati, tra le altre cose, all’art. 97, co. 3 Cost., ai sensi del quale “Nell’ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”). Chiare sul punto le parole di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 10: “come alla persona giuridica pubblica corrisponde un fascio di attribuzioni, così le attribuzioni della persona giuridica sono ripartite nelle competenze dei suoi organi. La competenza dell’organo è una quota o frazione delle attribuzioni dell’ente”. Nonché quelle di G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., p. 35: “per attribuzione di intende il complesso delle potestà e dei compiti assegnati ad un intero ente pubblico. Per competenza si intende la quota parte di tali potestà e compiti assegnati al singolo organo”.

⁶⁴² Così, G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 129, nonché G. TACCOGNA, *La disciplina dell’organizzazione amministrativa. Lezioni*, op. cit., p. 93.

direttiva⁶⁴³, di quello di controllo in ordine all'esercizio del potere oggetto di delega⁶⁴⁴, di quello di revoca della delega medesima⁶⁴⁵.

Tali poteri, tuttavia, sono diversamente modulati (e possono aggiungersene altri) in base al rapporto – “sottostante” alla delega – che intercorre tra organo delegante e organo delegato, il quale può avere certe caratteristiche piuttosto che altre. In particolare, le tipologie di relazioni interorganiche sono fondamentalmente tre⁶⁴⁶: i) gerarchia; ii) direzione/gestione; iii) equiordinazione.

Dato che le Sezioni Unite non si limitano – come invece fa il Consiglio di Stato – a discorrere di una “delegazione interorganica” normalmente intesa⁶⁴⁷, ma si

⁶⁴³ V., *ex multis*, G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, 1962, XI, p. 905 e ss., in part. p. 914, ove si legge che “il delegante [...] non perde la propria competenza sull'oggetto della delegazione, anche quando egli, per la specie di questa, non possa esercitarla mentre dura la delega; il delegato, a sua volta, acquista la competenza delegata come una competenza derivata da quella del delegante e sul fondamento di questa [...] di qui la possibilità del delegante d'impartire, nell'atto di delega o successivamente, direttive anche vincolanti al delegato”, tramite le quali il primo limita la “discrezionalità” del secondo (p. 915). Più in generale sul tema della direttiva, si veda la monografia di G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, 1993, p. 1 e ss.

⁶⁴⁴ “Il controllo è una tipica relazione fra figure soggettive: fra organi di uno stesso ente, fra organi di enti diversi [...] Presuppone un criterio o un parametro alla stregua del quale valutare l'atto o l'attività altrui; e al giudizio che risulta dall'applicazione del parametro fa eseguito, di solito una misura”: così, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 137. In senso analogo, G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 126, ove ulteriori riferimenti bibliografici in nota 66. Nel caso che qui ci occupa, una “misura” assunta all'esito della valutazione può consistere, ad es., nella revoca della delega: v. nota successiva.

⁶⁴⁵ Quella della “revocabilità in ogni momento” costituisce una possibilità “intrinseca alla delega”, come ricorda G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, op. cit., p. 914. Riconoscono questo potere al delegante anche G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 129 e G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa. Lezioni*, op. cit., p. 93.

⁶⁴⁶ Così, in modo molto schematico ma efficace, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., pp. 43-44.

⁶⁴⁷ Cfr. F.S. SEVERI, *Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1989, IV, p. 552 e ss., il quale, dopo aver riportato una serie di esempi di delegazione amministrativa tratti dal nostro ordinamento, osserva che questi di fatto “prescindono dall'esistenza di un rapporto di natura gerarchica tra delegante e delegato, che per contro ha costituito a lungo il contesto usuale nel cui ambito l'istituto si è sviluppato”. Prosegue l'A.: “l'apparato della pubblica amministrazione, oggi, non conosce più il rapporto di gerarchia se non in modo residuale. Le norme organizzative in vigore tendono a concretare una netta distinzione dei ruoli [...] I rapporti di sovraordinazione (e rispettivamente di sottoordinazione) si riconoscono per un'attività di indirizzo e di direzione tenuta distinta da quella concreta di gestione: è raro trovare un'identità qualitativa di competenza, come nell'originario rapporto di gerarchia, mentre si nota una quantità di enti amministrativi, dotati di autonomia, e quindi per definizione estranei al rapporto di gerarchia, capaci di evidenziare gli interessi pubblici e di soddisfarli concretamente, pur in un quadro di riferimento generale [...] La delegazione amministrativa, allora, assume una nuova e diversa caratteristica, poiché non è solo momento di puntuale razionalizzazione nella distribuzione delle competenze nei singoli settori della pubblica amministrazione, ma è strumento di distinzione tra la responsabilità di indirizzo, che compete al titolare della competenza principale, e verosimilmente viene mantenuta, e la responsabilità di gestione dell'attività, che viene trasferita in via derivata al delegato”. Questa evoluzione, nota ancora l'A., ha influito anche sui poteri di delegante e delegato: “i poteri del delegante sono ristretti, attraverso l'esercizio della delegazione, e si collegano a quelli del delegato in uno schema che si potrà definire in

spingono oltre, affermando che nella società *in house* ciò che si realizza è una “subordinazione dei suoi gestori all’ente pubblico partecipante, nel quadro di un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso”, occorre descrivere brevemente quali siano le caratteristiche di un rapporto gerarchico.

La gerarchia⁶⁴⁸ comporta tutta una serie di poteri nell’organo superiore e correlati obblighi e soggezioni in quello inferiore: potere d’ordine, potere di sostituzione (dell’organo inferiore), potere di avocazione (della singola pratica dall’organo inferiore a quello superiore), potere di annullamento e di revoca degli atti dell’inferiore, nonché di risoluzione di conflitti tra più organi inferiori e di decisione in sede di ricorso gerarchico⁶⁴⁹. Essa, pur presupponendo una distinzione di

modo approssimato di direzione ed esecuzione: il delegante non potrà più agire esercitando quella competenza che ha delegato, ma potrà intervenire a guidare l’effettiva gestione dell’attività. Questo potere d’intervento, però, ha dei limiti intrinseci: la competenza, che originariamente era unica, si scinde, dopo che è intervenuto l’atto di delegazione, pur rimanendo in necessaria connessione. Pare da escludere, pertanto, un potere di annullamento degli atti del delegato da parte del delegante; ugualmente, non pare sussistere un potere nel delegante di vincolare autoritativamente l’attività delegata. Per contro, pare svilupparsi un momento collaborativo che, fondandosi sull’applicazione della legge al fine di ottenere l’esercizio in concreto di una funzione, assume un carattere fiduciario, com’è ovvio se si considera che l’istituto non prevede che il delegante si privi della propria competenza, bensì che possa modificare la propria competenza da direttiva e operativa insieme, in direttiva soltanto, secondo espressa statuizione legislativa”. Già negli anni sessanta, G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, op. cit., p. 914, affermava che “lo speciale rapporto conseguente alla delega non è necessariamente di carattere gerarchico”. “Del resto, è noto che una situazione dominante in un dato rapporto non fa capo necessariamente alla formula della gerarchia. Perciò, ove già non esista un rapporto gerarchico fra delegante e delegato, la situazione rispettiva di essi non s’identifica in quella del superiore e dell’inferiore gerarchico, né quindi gli atti dell’ultimo possono impugnarsi col rimedio del ricorso gerarchico”.

⁶⁴⁸ Per una nozione di gerarchia, v. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 134. Come osserva G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 120, “essa si connota per poteri molto incisivi in capo alla struttura sovraordinata circa l’organizzazione e il funzionamento di quella sottoordinata, primo fra tutti per quello di ordine”.

⁶⁴⁹ In questi termini, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., p. 43, il quale prosegue osservando che “non tutti tali poteri sono tipici soltanto della gerarchia. Certo lo sono quelli che implicano un controllo di merito (ad esempio, in sede di ricorso gerarchico) degli atti dell’inferiore, perché ne escludono ogni autonomia e costituiscono una vera eccezione nel sindacato amministrativo (che normalmente è limitato solo ai profili di legittimità). Il che, peraltro, non deve stupire, posto che [...] il superiore gerarchico può persino sostituirsi all’organo inferiore nei suoi vari compiti, sicché a maggior ragione può sostituire il proprio apprezzamento di merito a quello operato nel caso singolo e per il singolo atto dell’inferiore”. In senso analogo, G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 121, il quale afferma che “fra tali poteri – che isolatamente considerati possono connotare altri rapporti di sovra/sottoordinazione – spicca come peculiare quello di impartire ordini, ossia prescrizioni di fare o di non fare (comandi e divieti), di carattere puntuale o generale (quanto a destinatari), e concreto o astratto (quanto alla situazione prevista), dai quali deriva un dovere di osservanza, salvo limiti procedurali (rimostranza, nel caso di palese illegittimità) e sostanziali (non commissione di atti vietati dalla legge penale, art. 17, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3), dovere presidiato dalla illegittimità dell’atto o del comportamento difforme e da sanzioni disciplinari e penali a carico dell’agente”.

competenze tra organi, “comporta una certa commistione”⁶⁵⁰, per forza di cose sbilanciata: nella gerarchia, infatti, “risulta attenuato – se non del tutto eliminato – il concetto di competenza propria del singolo organo, potendo essere assorbita da quella dell’organo superiore”⁶⁵¹.

Per tale ultima ragione, osserva Guido Greco, “il modello della gerarchia, che ha improntato di sé il nostro sistema amministrativo per lungo tempo, è oggi fortemente recessivo nei rapporti interorganici”; esso “permane ancora in talune amministrazioni statali nei rapporti [...] tra più livelli dirigenziali e, soprattutto, nelle amministrazioni militari”⁶⁵².

Ebbene, la ricostruzione compiuta dalla Cassazione pare francamente esorbitante, per due ragioni. Innanzitutto perché – lo ribadiamo – ciò che è decisivo, ai fini della sussistenza del “controllo analogo”, è l’equivalenza sostanziale tra i due ordini di poteri, quelli che all’amministrazione competono all’interno della propria organizzazione e quelli che essa esercita sul soggetto esterno: “che si parli, in proposito di controllo analogo, si comprende; le modalità del controllo non possono che essere

⁶⁵⁰ È quanto afferma G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 135.

⁶⁵¹ Così, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., p. 44. È proprio “la non esclusività dei compiti assegnati alla struttura subordinata che giustifica sul piano logico-giuridico la varietà e la pervasività dei poteri in ordine ad essa esplicabili dall’autorità superiore, e che tradizionalmente si ritengono inerire alla relazione”: in questi termini, G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 121. Al riguardo, F.S. SEVERI, *Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici*, op. cit., p. 553, osserva che “il rapporto di gerarchia è caratterizzato dalla teorica identità di competenza dell’ufficio superiore e di quello inferiore: la competenza del superiore si caratterizza per coprire in modo completo la competenza dell’inferiore, che invece riscontra una serie di limiti, per territorio, per valore, e così via”. “Il superiore gerarchico, così, è in grado di determinare il concreto esercizio delle attribuzioni dell’inferiore, impartendo ordini, qualificati da una precisa obbligatorietà, oppure avocando a sé la trattazione del singolo affare, mentre l’inferiore non può assumere la trattazione di questioni che pur rientrano nella sua generica competenza, e nella sua specifica capacità, nel caso in cui queste esorbitassero dai limiti di valore, o di territorio, in cui la competenza è ristretta”. Identità di competenza messa in luce, ancora prima, da V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, 1965, p. 63.

⁶⁵² G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., p. 44. Per un rapido sguardo sulle amministrazioni militari, v. A. BALDANZA, *Diritto militare e principi costituzionali*, in *L’ordinamento militare*, a cura di V. POLI-V. TENORE, 2006, I, p. 1 e ss., ove è posto in evidenza fin da subito che l’apparato militare “in quanto struttura pubblica, è assoggetta alle disposizioni vigenti per tutte le amministrazioni, salvo disporre di corpose deroghe in ragione della connotazione gerarchica che sovrintende ai rapporti interni ovvero delle esigenze di immediatezza dell’azione”. “In virtù di queste ragioni, convivono nell’ambito del diritto militare termini mutuati da altre discipline ovvero caratterizzati da più eccezioni”. V. anche E. CHITI, *L’amministrazione militare tra ordinamento nazionale ed ordinamento globale*, 2006, I, p. 122 e ss., ove viene puntualmente analizzata la “catena gerarchica” che dal Ministro della difesa arriva fino all’area tecnico-amministrativa e a quella tecnico-operativa, secondo un “disegno fortemente verticale”. Per quanto attiene invece alla dirigenza, v. *infra*, in nota.

diverse nell'uno e nell'altro caso, altrimenti risulterebbe incomprensibile la ragione dell'istituzione di un'entità separata⁶⁵³. La riconducibilità del rapporto società-ente pubblico entro una delle suddette tipologie di relazioni interorganiche non è dunque richiesta, ed è ragionevole che sia così.

In secondo luogo, qualora detta riconducibilità fosse per assurdo richiesta, la scelta delle Sezioni Unite per il modello gerarchico sarebbe (per usare un eufemismo) piuttosto singolare⁶⁵⁴. L'instaurazione di un rapporto gerarchico fra amministratori

⁶⁵³ Così, F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., pp. 177-178. Nello stesso senso, S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, 2009, il quale, "tentando di aprire una via nella «giungla» giurisprudenziale formatasi attorno al concetto di controllo analogo", svolge una puntuale analisi sul concetto di controllo "analogo" (p. 136 e ss.) che porta a concludere che, in fin dei conti, controllo "analogo" non significa (o non dovrebbe significare) controllo "identico" a quello esercitato sui propri servizi (p. 158 e ss.). Peraltro, l'A. rileva che in ambito nazionale si sono aperti spiragli in tal senso, attraverso l'ammissione che "sarebbe da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni dell'ente" (Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in www.dejure.it) e che "il requisito del controllo analogo deve essere inteso in modo diverso dal vincolo di subordinazione che esiste tra organi ed uffici interni dell'ente locale, giacché, diversamente, sarebbe impossibile gestire i servizi pubblici locali mediante società a capitale interamente pubblico" (Tar Marche, 11 aprile 2007, n. 500, in www.giustizia-amministrativa.it). Oltretutto (sempre nell'alveo della posizione volta ad affermare un'accezione "equilibrata" del concetto di controllo analogo), è stato anche rilevato come la verifica circa la sussistenza di una forma di controllo "analogo" debba essere effettuata alla luce di un criterio "che non sia incoerente con la peculiarità della forma societaria", dovendosi, di conseguenza, escludere "una situazione di gerarchica sovraordinazione tra controllante e controllato, inconfigurabile nei confronti di organismi a struttura societaria", la quale comporti che l'ente controllante possa direttamente disporre "ogni minima regolamentazione dell'attività societaria" (Tar Lazio – Roma, sez. II ter, 16 ottobre 2007, n. 9988, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁶⁵⁴ Anche perché, come ricorda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 135, "la gerarchia è una relazione alla quale per definizione sfuggono gli organi e gli uffici collegiali", infatti "il collegio viene istituito perché la decisione si formi al suo interno attraverso il dialogo prima e il voto poi: la *ratio* della collegialità verrebbe meno se alla volontà del collegio, destinata a formarsi secondo le descritte modalità, un superiore gerarchico, titolare di ufficio monocratico o collegiale, potesse sostituire la sua volontà". Pertanto, per fare un esempio, se in una s.p.a. l'amministrazione è affidata a più persone, e se tra queste non viene scelto un amministratore delegato, la gestione dell'impresa *ex art.* 2380-*bis* c.c. spetta al consiglio di amministrazione, vale a dire ad un organo collegiale (infatti, "gli amministratori devono attenersi necessariamente e inderogabilmente al c.d. metodo collegiale": lo ricordano G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 484): in un caso del genere, parlare di gerarchia non avrebbe alcun senso. Si potrebbe optare, tutt'al più, per un modello di direzione/gestione "o di gerarchia in senso lato, che certo presenta poteri molto più attenuati, oltre che qualitativamente diversi, rispetto alla gerarchia vera e propria. Infatti, l'organo sovraordinato non ha poteri d'ordine, sibbene di direttiva, individuando i programmi e gli obiettivi, ma lasciando libero l'organo subordinato in ordine alle modalità e ai mezzi per raggiungere detti obiettivi. Al primo, inoltre, spettano poteri di controllo dei risultati [...] Al secondo spetta la gestione in concreto degli affari e la responsabilità del conseguimento o meno degli obiettivi assegnatigli": così, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, op. cit., p. 44. V. anche G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 123 e ss.: "le altre relazioni infraorganiche si focalizzano, isolandoli, su uno o più poteri propri della gerarchia, ad esclusione di quello di ordine. Il dato comune di fondo è costituito dall'assenza dell'identità di competenze fra i termini soggettivi di dette relazioni e questo spiega sia una loro minore incisività rispetto alla gerarchia sia la mancanza del potere ordinatorio [...] La relazione di direzione, talora indicata come di indirizzo,

della società ed ente pubblico socio, oltre a suscitare seri dubbi in punto di compatibilità con le disposizioni imperative del diritto societario⁶⁵⁵, “trasformerebbe il controllo analogo in un controllo superiore rispetto a quello esercitato dagli organi di indirizzo politico sugli organi esecutivo”: “infatti, mentre il principio di separazione tra indirizzo politico ed amministrazione esecutiva consente agli organi deputati al primo il solo esercizio di poteri di indirizzo, il controllo esercitato sugli organi della società potrebbe estendersi anche agli atti meramente esecutivi. Il che, logicamente e giuridicamente, non può avvenire”⁶⁵⁶. La scelta della Suprema Corte pare dunque assai sconsiderata, anche da un punto di vista strettamente pubblicistico. A tacer del fatto che, oltretutto, la gerarchia ha un limite: quando l’ordine impartito appare illegittimo,

si caratterizza per il potere di impartire direttive nei confronti della struttura subordinata. Corredano tale relazione altri poteri [...] in particolare quello di controllo”. Sembra questo lo schema di rapporto più adatto a realizzare la “delegazione interorganica” menzionata in precedenza.

⁶⁵⁵ In particolare, per quanto riguarda le s.p.a. (come Etruria Trasporti e Mobilità), con il già citato art. 2380-bis c.c., disposizione “di sistema”, che ha per scopo “l’esplicita esclusione dell’attribuibilità di competenze gestorie all’assemblea” (e a chi la compone, cioè ai soci): cfr. P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2007, II, p. 837. Come attentamente rilevato da F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 39, “in caso di società per azioni [...] non c’è alcuna possibile previsione statutaria o parasociale che possa rendere gli amministratori degli «automi». Si tratterebbe in ogni caso di soggetti che possono gestire la società come vogliono anche contro le direttive impartite o contro «improbabili» clausole c.d. «di controllo analogo», pena la revoca dalla carica e l’azione risarcitoria. Ma evidentemente il potere di nomina e revoca (e di deliberare l’eventuale azione di responsabilità) non è certo eccezionale rispetto a ciò che si verifica nel diritto comune. Davvero non vediamo nel diritto delle società per azioni modalità per realizzare nei confronti degli organi della società partecipata «un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso» (come testualmente si afferma in sentenza). Anche laddove il dominio dell’ente-socio [...] venga realizzato nella s.p.a. attraverso il contratto di servizio (e quindi anche nel *nomen* più adeguato), questo al massimo può realizzarsi attraverso una vera e propria «sostituzione» nella gestione dell’attività, laddove l’amministratore «ribelle» non dia seguito alle direttive dell’ente-*dominus*. Ma in questo caso tuttavia non si porrà un problema di «immedesimazione» ma al limite di una gestione di fatto dell’impresa effettuata dall’esterno, od in via sostitutiva, che comunque non realizza alcuno squarcio del velo della personalità giuridica. ed anche in questo caso, quindi, non si realizzerà «un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso», in quanto comunque l’amministratore «ammutinato» sarà libero di fare quel che vuole, pena la revoca e la reazione risarcitoria”.

⁶⁵⁶ Entrambi i virgolettati riportati appartengono a M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, op. cit., p. 860. Come ricorda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 135, “in passato la gerarchia definiva di solito il rapporto tra il vertice politico-amministrativo (ministro, sindaco, presidente di ente pubblico) e la burocrazia. Con l’istituzione, in seno alla burocrazia, della dirigenza – ossia di una categoria di impiegati a cui viene riservata l’attività di gestione e attribuita la relativa competenza – i rapporti tra vertice politico e dirigenza sono qualificati come rapporti di competenza, che intercorrono fra titolari di competenze diverse: sicché la gerarchia diventa essenzialmente una relazione interna alla burocrazia, tra dirigente e impiegato non dirigente e non opera più nei rapporti tra organo politico e ufficio burocratico”. In tema, v. anche il recente contributo di P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica amministrazione*, 2012, p. 282 e ss., ove è messo in luce il percorso normativo che ha portato all’abbandono del modello di rapporto tra politica e burocrazia, per così dire, “tradizionale”, cioè ispirato al criterio gerarchico.

l'inferiore deve farne rimostranza al superiore, spiegandone le ragioni; è tenuto a obbedire solo se l'ordine è rinnovato per iscritto⁶⁵⁷. Nella sentenza in commento, invece, si discorre di un rapporto gerarchico che “non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso”. La perplessità del lettore è grande quanto l'ispirazione raggiunta dalla “vena nomopoietica” dei giudici di legittimità.

In definitiva, con specifico riferimento al requisito del “controllo analogo”, la lettura prospettata dalle Sezioni Unite non ci sembra condivisibile.

4. “Squarcio del velo” della personalità giuridica: le (disastrose) ricadute in ambito fallimentare.

4.1. Una breve premessa.

In tema di riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali di società a partecipazione pubblica, “assume un ruolo centrale [...] la distinzione tra la società di capitali (soggetto di diritto privato) ed i propri soci (ancorché eventualmente pubblici). Distinzione che – è appena il caso di ricordarlo – in via di principio non vien meno neppure nell'eventualità in cui la società sia uni personale ed il capitale sociale appartenga quindi ad un unico socio, in base alle regole di matrice comunitaria introdotte nel nostro ordinamento prima per le sole società a responsabilità limitata e poi anche per le società azionarie. È proprio partendo da questo profilo che si manifesta, però, la necessità di un'ulteriore riflessione quando ci si trovi in presenza di quel particolare fenomeno giuridico [...] che ha trovato ampia diffusione negli ultimi decenni e che va sotto il nome di *in house providing*”.

Tale “ulteriore riflessione”, passando attraverso la suddetta ricostruzione del requisito del “controllo analogo”, porta la Suprema Corte a sostenere ciò che ormai è noto: la società *in house* non sarebbe un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come una propria articolazione interna; il “velo” che normalmente nasconde il soci dietro la società sarebbe dunque “squarciato”; la distinzione tra socio

⁶⁵⁷ Ma deve astenersi dal farlo se l'atto è vietato dalla legge penale, come stabilito dal già citato art. 17, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3: cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 135.

(pubblico) e società (*in house*) non si realizzerebbe più in termini di alterità soggettiva⁶⁵⁸.

Nell'economia del discorso fatto dalle Sezioni Unite, lo "squarcio del velo" è fondamentale: esso è necessario al fine d'individuare un danno erariale (scopo immediato), sì da poter fondare la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali di società *in house* (scopo mediato). In questo senso, le ultime battute della sentenza in commento: "d'altro canto, se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quella della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferito al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità"⁶⁵⁹.

Come anticipato poco sopra, in questo paragrafo intendiamo occuparci delle conseguenze prodotte dallo "squarcio del velo" della personalità giuridica, con specifico riferimento – lo aggiungiamo ora – a ciò che accade (o può accadere) in ambito fallimentare, laddove una società *in house* versi in stato d'insolvenza.

Prima di cominciare, però, meritano di essere riportate alcune parole pronunciate dall'estensore della sentenza di cui si sta discorrendo, pochi mesi prima che questa fosse pronunciata⁶⁶⁰. Parole con cui Renato Rordorf invita "ad affrontare i problemi che abbiamo dinanzi senza fermarci a profili meramente formali, ma dando invece prevalenza ai dati sostanziali, anche perché è questo che c'impone l'inquadramento

⁶⁵⁸ In questi termini, F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., pp. 38-39.

⁶⁵⁹ Si noti che, nelle righe appena precedenti a questo passo, la Corte definisce gli organi della società *in house* come "preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna della stessa pubblica amministrazione", e quindi "personalmente a questa legati da un vero proprio rapporto di servizio", esattamente come "i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico".

⁶⁶⁰ Si tratta di R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, op. cit., p. 1326 e ss., relazione tenuta in occasione dell'incontro di studi sul tema *Le società pubbliche: un difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, svoltosi in Roma, nella sede della Corte di Cassazione, l'8 aprile 2013. Per quanto riguarda Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, la decisione è datata 8 ottobre 2013: 6 mesi esatti dopo la profusione di Rordorf.

del sistema giuridico europeo. Non possiamo non essere sensibili al sostrato degli interessi che si agitano al disotto dei concetti giuridici cui siamo chiamati, di volta in volta, a dare corpo nei nostri provvedimenti. Su questa impostazione, in via generale, non credo si possano nutrire soverchi dubbi. Non si può neppure però ignorare, nello stesso tempo, che il compito nostro – e quando dico nostro naturalmente non mi riferisco solo ai giudici ordinari ed a quelli di Cassazione, mi riferisco a tutti i giuristi, alla dottrina, ed evidentemente anche ai magistrati della Corte dei conti [...] – il compito nostro, dicevo, è sì certo quello di cercare di percepire la sostanza delle questioni sottoposte alla nostra attenzione giurisdizionale, ma non si può mai totalmente prescindere dalla necessità di serbare coerenza sistematica dell'ordinamento nel quale operiamo e che continuiamo a far vivere [...] e mi pare del resto evidente che a tali esigenze d'inquadramento e di coerenza sistematica debbano essere particolarmente sensibili le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per quel *surplus* di funzione nomofilattica che l'ordinamento loro assegna anche quando operano il riparto di giurisdizione". Secondo il magistrato è dunque fondamentale, tra le altre cose, "tener conto anche dell'impatto sistematico che i principi giuridici affermati inevitabilmente sono destinati ad avere in un ambito sovente assai più ampio di quello interessato dalla singola fattispecie". Si tratta di un concetto ripetuto più e più volte: "non nego ci possa essere del vero quando si afferma che la giurisprudenza della Cassazione ha avuto su certi temi (tra cui quelli dei quali oggi discutiamo) un andamento un po' oscillante [...] Se si vuole tentare, non dico di eliminare (che sarebbe impossibile), ma almeno di attenuare un simile inconveniente per garantire un maggior tasso di certezza del diritto, che è un valore importante da perseguire, allora, proprio per questo, credo che occorra essere particolarmente attenti ai profili sistematici cui facevo cenno e prestare molta cura alle ricadute generali delle affermazioni contenute nei nostri ordinamenti. Perché cambiare idea si può, e talvolta si deve, ma bisogna farlo in modo ben ragionato ed in un quadro di ricostruzione coerente delle linee portanti dell'ordinamento"⁶⁶¹.

⁶⁶¹ “[*segue*] Tanto più ciò mi pare sia necessario in un momento storico come l'attuale, in cui purtroppo la legislazione tende, per parte sua, ad essere sempre meno sistematica, tra l'altro anche a causa dell'intreccio delle fonti normative nazionali con quelle sovranazionali; sicché il compito del giurista è oggi più che mai, in presenza di una legislazione mutevole, affrettata e tecnicamente incerta, quello di sforzarsi di scoprire ed all'occorrenza di ricreare, attraverso l'opera interpretativa, le coordinate sistematiche senza le quali l'ordinamento diverrebbe caotico ed ingestibile”.

Così si chiude, allora, la “premessa” fatta da Rordorf: “quando discutiamo del difficile equilibrio tra giurisdizioni ed affrontiamo il problema del riparto di giurisdizione, a proposito della società c.d. pubbliche, 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 quello 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 or di quella disciplina giuridica generale o di settore”.

Come notato dai primi commentatori della sentenza in esame, “un’eco in ambiti diversi” non ha tardato a farsi sentire: “in linea teorica le ripercussioni del disegno complessivamente tracciato dalle Sezioni Unite sono molteplici [...] Tra queste, la convivenza fra modelli di responsabilità diversi, la rilevanza che può assumere la presenza di eventuali patti parasociali ai fini delle effettività del controllo analogo, la sussistenza di interesse sociale a fronte di così pervasivo interesse del socio pubblico, l’affidamento dei soggetti che hanno intessuto rapporti con la società *in house* sulla base della loro dichiarata (attraverso la rituale iscrizione nel registro delle imprese come società) natura privatistica, anche solo con riguardo alla possibilità di utilizzare gli strumenti di tutela in quel caso apprestati dall’ordinamento”⁶⁶².

L’ultimo aspetto menzionato è proprio quello che qui interessa: “le società *in house*, così come le società strumentali, gli organismi di diritto pubblico ed ogni altra società (di diritto comune) stipulano contratti, acquistano beni, contraggono debiti. E, proprio come tali soggetti, sono iscritte nel registro delle imprese (come società, non

⁶⁶² In questi termini, M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, op. cit., p. 407. Ci troviamo a fronteggiare “una sentenza raffinata ed articolata che tuttavia apre scenari «destabilizzanti» per il sistema complessivo del diritto delle società”: così, F. FIMMANO, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, op. cit., p. 61.

come enti pubblici o «semi-amministrazioni»⁶⁶³. Nel momento in cui la società *in house* non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, cosa accade? Alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite, tali società possono essere dichiarate fallite oppure no?

Prima di rispondere, una breve postilla. L'affermazione secondo cui “la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva”, ha un significato inequivocabile: la società è l'ente pubblico socio; o, in termini più radicali, la società non esiste (o tutt'al più esiste come puro nome, non certo come autonomo centro d'imputazione di rapporti giuridici), esiste solo l'ente pubblico socio.

Coscienti di tale fondamentale implicazione, torniamo all'interrogativo di cui sopra, riguardante la fallibilità o meno delle società *in house*. Le risposte possibili, da un punto di vista teorico, sono due⁶⁶⁴.

4.2. Coloro che non “squarciano il velo”: la resistenza partigiana a difesa della forma societaria.

Chi per esempio fornisce pneumatici a Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A., intrattiene rapporti contrattuali con un soggetto che porta nel nome la dicitura “società per azioni”⁶⁶⁵. Allorché avesse dei dubbi sulla veridicità di una simile denominazione sociale, consultando il registro delle imprese egli troverebbe conferma del fatto che la propria controparte è una “società per azioni”, iscritta come tale e senza l'aggiunta di epiteti di sorta, quale quello di “*in house providing*”. Per il fornitore, ogni dubbio è fugato: Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A., tramite il sistema di pubblicità legale, dichiara ai terzi la propria natura e, conseguentemente, suscita in questi un legittimo affidamento in merito all'applicazione integrale, ad esempio, del diritto societario⁶⁶⁶.

⁶⁶³ S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, op. cit., p. 499, che riprende un discorso già di C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, op. cit., p. 651.

⁶⁶⁴ Al riguardo, si vedano le conclusioni di M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, op. cit., p. 407, secondo cui “si aprono, a questo punto, due diverse prospettive”.

⁶⁶⁵ V. art. 2346 c.c., a norma del quale “La denominazione sociale, in qualunque modo formata, deve contenere l'indicazione di società per azioni”.

⁶⁶⁶ Cfr. S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, op. cit., p. 499.

Non solo. Il fornitore può inoltre prendere visione dell'atto costitutivo⁶⁶⁷: una volta constatato che Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. ha per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale (art. 2195 c.c.), egli – giustamente – la ritiene soggetta allo statuto dell'imprenditore commerciale, disposizioni in tema di fallimento comprese⁶⁶⁸.

Può dunque pacificamente affermarsi che il fornitore di pneumatici è certo di avere a che fare con una società per azioni che svolge un'attività commerciale; detto altrimenti, con un privato imprenditore, esattamente come lui. Non ha ragioni per dubitare di ciò, tantomeno per pensare che il soggetto con cui intrattiene rapporti sia il Comune di Civitavecchia.

Quest'aspetto della vicenda è perfettamente colto da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui, tra i numerosi interrogativi che il fenomeno della società *in house* suscita⁶⁶⁹, sicuramente spicca “la questione della possibile lesione degli ulteriori interessi coinvolti dalla costituzione della società, facenti capo ai soggetti che hanno agito con essa, facendo affidamento sulla dichiarata natura privata della stessa e sulla possibilità di utilizzare tutti gli strumenti di tutela a tal fine apprestati dall'ordinamento. Anche queste società sono, infatti, iscritte nel registro delle imprese come società, non come «enti pubblici» o «semi-amministrazioni» e, dichiarata tale natura ai terzi, suscitano un affidamento che potrebbe risultare disatteso dalla soluzione in esame”⁶⁷⁰. Tale affidamento – senza ombra di dubbio meritevole della più alta considerazione, soprattutto alla luce di quanto affermato da Cass. 22209/2013⁶⁷¹ – ha bisogno di una tutela energica.

⁶⁶⁷ V. art. 2330, co. 3 c.c.: “L'iscrizione della società nel registro delle imprese è richiesta contestualmente al deposito dell'atto costitutivo. L'ufficio del registro delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la società nel registro”.

⁶⁶⁸ V. art. 2328, co. 2, n. 3 c.c.: in base a tale disposizione, l'atto costitutivo deve indicare, fra le altre cose, “l'attività che costituisce l'oggetto sociale”. Come si può sinteticamente apprendere dalla *Relazione sulle società partecipate dal Comune di Civitavecchia*, dicembre 2008, in www.comune.civitavecchia.rm.it, l'oggetto sociale previsto dallo statuto di Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. prevede lo svolgimento dei seguenti servizi: *i*) gestione del servizio di trasporto pubblico locale; *ii*) servizio trasporto privato di viaggiatori e merci; *iii*) esercizio di attività connesse alla mobilità e al trasporto; *iv*) gestione di parcometri, parcheggi ed aree attrezzate per la sosta; *v*) servizio di rimozione veicoli.

⁶⁶⁹ E che spingono L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 48, a parlare, proprio con riferimento al fenomeno delle società *in house*, di “singolarità”.

⁶⁷⁰ In questi termini, L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 48.

⁶⁷¹ Come ricorda L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 10, “proprio l'affidamento dei terzi rappresenta una delle ragioni che escludono [...] la possibilità di escludere dal fallimento le società in mano pubblica”.

Nasce così l'idea di “conservare un ruolo alla disciplina generale del codice civile continuando ad attribuire rilevanza alla forma societaria delle strutture in questione, quanto meno a tutela dei terzi”⁶⁷².

Per fare ciò, tuttavia, occorre circoscrivere le parole delle Sezioni Unite allo specifico oggetto del contendere, da cui è scaturita la sentenza n. 26283/2013. Secondo l'approccio in esame, infatti, la ricostruzione del fenomeno dell'*in house providing* societario prospettata in detta pronuncia rileverebbe esclusivamente ai fini del riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità riguardanti gli organi sociali; ricostruzione che, viceversa, sarebbe irrilevante in tutti gli altri casi⁶⁷³.

In sostanza, quanto affermato dalle Sezioni Unite in tema di *in house* andrebbe “funzionalizzato”: il discorso che culmina con la suggestiva immagine dello “squarcio del velo” della personalità giuridica sarebbe valido esclusivamente in tema di giurisdizione; fuori da questo ambito, troverebbe applicazione il diritto comune e, con esso, il principio sancito da Cass. n. 22209/2013. L'immagine più adatta, allora, è quella di un velo che c'è e che viene semplicemente “scostato” a seconda delle esigenze che s'intendono tutelare.

Un simile orientamento è rinvenibile in pronunce rese da alcuni tribunali fallimentari, nei mesi appena successivi alla sentenza di novembre 2013.

Il Tribunale di Modena⁶⁷⁴, chiamato a pronunciarsi in merito all'assoggettabilità di una s.r.l. *in house* alla procedura di concordato preventivo, coglie perfettamente l'attrito fra Cass. n. 22209/2013 e quanto affermato dalle Sezioni Unite: “resta da valutare se detta conclusione [quella delle S.U., ndr] fondata su di una sostanziale coincidenza soggettiva tra ente pubblico e società *in house* valga anche ad escludere

⁶⁷² Così, M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, op. cit., p. 407.

⁶⁷³ Sostiene questa tesi, L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 48, secondo cui, inoltre, un'indicazione in tal senso (pur se implicita) proviene dalla sentenza stessa. Egli, infatti, osserva che alle preoccupazioni legate alla tutela dell'affidamento dei terzi, “la sentenza offre [...] una convincente soluzione, perché ha sottolineato «l'anomalia del fenomeno», ha mantenuto fermo il pregresso principio in relazione alle società della galassia di quelle cc.dd. pubbliche non riconducibili alla «singolarità», che ha confinato entro i limiti imposti dall'evoluzione del fenomeno e ciò dovrebbe fare escludere che possa rilevare ad altri fini”. Di conseguenza, l'A. ritiene che, con riferimento alla questione dell'assoggettabilità alle procedure concorsuali, dovrebbe valere – anche per le società *in house* – il principio enunciato in Cass., 27 settembre 2013, n. 22209 (v. nota 84). “La vera questione – conclude Salvato – è, quindi, quella della opportunità di moduli organizzativi della P.A. che dovrebbero garantire efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e che, invece, non di rado, appaiono preordinati solo a fruire di immunità e privilegi con aggravio della spesa pubblica”.

⁶⁷⁴ Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in www.ilcaso.it.

sotto ogni altro profilo l'applicazione delle norme codicistiche a tale specie di società e, in particolare, l'applicazione della disciplina concorsuale per essere tali enti da considerarsi sottoposti a tutti gli effetti alla disciplina propria degli enti pubblici"⁶⁷⁵; insomma, utilizzando le parole del giudice modenese, "i principi enunciati dalle Sezioni Unite sembrano far concludere per un diverso statuto delle società *in house* in crisi economica e finanziaria". Ciononostante, il Tribunale non ha esitazioni e decide di non procedere a uno "squarcio del velo" della personalità giuridica: "in realtà ritiene il Collegio che a far propendere per l'opportunità, in difetto di una diversa qualificazione operata legislativamente, di mantenere fermo il principio generale dell'assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria iscrivendosi all'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica è lo stesso *iter* logico seguito dalle Sezioni Unite per giustificare l'apparente mutamento della giurisprudenza in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori". Le Sezioni Unite hanno infatti evidenziato come la normativa in tema di società partecipate da enti pubblici abbia assunto "un carattere frammentario" e "frutto di esigenze contingenti" che impediscono alla stessa di "assumere una valenza sistematica, che vada oltre il dettato della singola disposizione, onde parrebbe quanto mai azzardato di voler trarre argomenti di carattere generale, tali da incidere su principi giuridici" su cui si basa la giurisprudenza della Cassazione stessa e questo perché la disciplina speciale dettata per le c.d. società pubbliche "non ha tuttora assunto le caratteristiche di un sistema concluso ed a sé stante, ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale sia pure con ampio ambito di applicazione".

Alla luce di tali considerazioni, ecco l'argine eretto dal Tribunale di Modena nei confronti della pronuncia delle Sezioni Unite: "può allora sostenersi che anche la decisione della Corte in tema di giurisdizione sull'azione di responsabilità nei

⁶⁷⁵ Prosegue il Tribunale: "Il dubbio si pone [...] in quanto non può non essere notato il silenzio mantenuto dal giudice di legittimità in ordine alla specifica questione dell'assoggettabilità delle società *in house* al fallimento sia in occasione della sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013 sia in quella delle SS.UU. benché la problematica fosse senz'altro ben presente alla Corte in entrambe le circostanze con conseguente possibilità di inserire un *obiter dictum* che avrebbe quantomeno indirizzato la discussione. Pur dando per nota la ritrosia della Corte dall'uscire dallo stretto sentiero dell'esame dei motivi di ricorso è lecito anche sospettare che se ciò non è avvenuto a poca distanza temporale della ferma enunciazione dell'opposto principio della generale fallibilità delle società partecipate da enti pubblici operata con la sentenza n. 22209/2013 è perché la questione non può essere ancora data per pacifica".

confronti degli amministratori delle società *in house* abbia valenza per così dire settoriale”⁶⁷⁶.

“Funzionalizzazione” della definizione di *in house* data dalle Sezioni Unite, attribuzione ad essa di una “valenza settoriale”: sono questi i rimedi suggeriti da chi non è disposto ad accettare un totale svilimento della forma societaria. Lo “squarcio del velo” della personalità giuridica, infatti, implica una pressoché certa delusione dell’affidamento dei terzi, anche – e soprattutto – in ordine alla possibilità di attivare quei rimedi che l’ordinamento normalmente offre in caso di insolvenza dell’imprenditore commerciale. Come accennato in precedenza, la soluzione sta nel mantenere integro il velo della personalità giuridica, per scostarlo solo quando ciò è veramente indispensabile.

Riprendendo l’esempio del fornitore di pneumatici di Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A., questi non potrebbe presentare il ricorso di cui all’art. 6, co. 1 l. fall., poiché il soggetto verso cui vanta un credito è il Comune di Civitavecchia, ente pubblico come tale escluso dalle disposizioni sul fallimento ai sensi dell’art. 1 l. fall.; parallelamente, quest’ultimo – oltre a non poter richiedere il proprio fallimento – non potrebbe presentare domanda per l’ammissione alla procedura di concordato preventivo, sempre a causa di quanto statuito dall’art. 1 l. fall.; e via discorrendo.

Pertanto, la prima risposta al quesito riguardante l’assoggettabilità al fallimento (ma il discorso potrebbe essere esteso alle procedure concorsuali in generale) delle società *in house* è affermativa: in ossequio al principio stabilito da Cass. n.

⁶⁷⁶ “[segue] avendo considerato le caratteristiche peculiari di tali società non sotto un profilo generale attinente alla loro natura ma con riferimento a quegli aspetti che attengono al rapporto tra etero direzione e autonomia degli amministratori, da un lato, e tra destinazione del patrimonio della società e finalità perseguite dall’ente partecipante dall’altro, al limitato fine di individuare elementi per un criterio di ripartizione della giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori focalizzato sull’incidenza dell’ente partecipante sulla gestione del patrimonio di quello partecipato, così prevenendo a qualificare un grado di dipendenza degli amministratori del secondo equiparabile a quella dei dirigenti dei servizi erogati dal primo e parimenti il danno procurato al patrimonio del secondo come incidente direttamente sul patrimonio del primo. Ma la dipendenza sostanzialmente organica degli amministratori da cui consegue una pressoché totale e diretta disponibilità della società da parte dell’amministrazione quasi fosse una sua emanazione funzionale non comporta, per quanto concerne la soggezione alla normativa civilistica, un annullamento completo dell’alterità giuridica della società anche per qualunque altro profilo che non attenga al rapporto tra partecipante e partecipato, pena, tra l’altro, l’accettazione della conseguenza per cui coloro che hanno avuto rapporti con la stessa fidandosi sulla sua apparenza giuridica conseguente ad una precisa scelta dello stesso ente pubblico partecipante si troverebbero ad avere di fronte, al momento di far valere la garanzia sul patrimonio, un soggetto completamente diverso ed un complesso di beni per la cui aggressione sarebbero applicabili regole radicalmente difformi da quelle vigenti per le altre società iscritte”.

22209/2013, tali società falliscono, al pari di quelle – sempre a partecipazione pubblica – che non presentano i tre requisiti dell'*in house providing*⁶⁷⁷.

Di là dalla solidità di un simile impostazione, sulla quale si avrà modo di tornare a breve, l'intento avuto di mira non può che essere apprezzato.

4.3. Coloro che “squarciano il velo”: i dequalificatori.

Di tutt'altro avviso il Tribunale di Verona⁶⁷⁸, il quale ha affermato che l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo prevista per gli enti pubblici dall'art. 1 l. fall. deve essere applicata anche alle società *in house*, non essendo configurabile un rapporto di alterità tra l'ente pubblico socio e la società partecipata: l'influenza della pronuncia delle Sezioni Unite è più che evidente. Più nel dettaglio, il Tribunale, pur dando atto della sentenza con cui la Suprema Corte ha decretato la fallibilità delle società *in house providing* alla luce della scelta del tipo di società di capitali, da cui deriverebbe la necessaria applicazione delle relative regole

⁶⁷⁷ V. anche Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in www.ilcaso.it, che ha sancito l'assoggettabilità alla procedura di concordato preventivo anche se dotate dei famosi tre requisiti. In particolare, i giudici abruzzesi pongono subito al centro del proprio *iter* argomentativo Cass. n. 22209/2013: “in detta pronuncia la Cassazione ha valorizzato, ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, non il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto ed ha sottolineato le ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica. Ha affermato la Suprema Corte, secondo una impostazione condivisa da questo Tribunale, che «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità» [...] Dunque, va valorizzata quella giurisprudenza, civile ed amministrativa (ribadita anche dalla già citata pronuncia della Sezione I della Cassazione n. 22209/13), per la quale la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria prevista dal codice civile. Le società di capitali con partecipazione pubblica non mutano la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) né posseggono le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera “nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico” e gli strumenti utilizzati per regolare il rapporto tra società ed ente locale non possono essere quelli autoritativi di diritto pubblico spendibili nell'organizzazione diretta dell'ente, ma l'ente può avvalersi unicamente degli strumenti propri del diritto societario, da esercitare per il tramite dei membri di nomina pubblica presenti negli organi sociali [...] In conclusione si può affermare che il contemperamento fra tutela dei creditori e necessità di efficiente gestione del servizio non va cercato nell'applicazione di istituti di privilegio, tipicamente previsti per enti pubblici, che operano sul piano dell'attività (come l'esenzione dal fallimento)”.

⁶⁷⁸ Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in www.ilcaso.it, e in www.quotidianogiuridico.it, edizione del 14 gennaio 2014, con nota critica di L. IMPARATO.

(Cass. n. 22209/2013), ritiene, tuttavia, di condividere il diverso orientamento della stessa Cassazione in cui, nell'affermare la giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità degli amministratori di società *in house*, si è sottolineata la non riconducibilità di tali società alla disciplina delle società di capitali, non rinvenendosi, in questo caso, una persona giuridica autonoma, portatrice di un interesse suo proprio e cui corrisponda un autonomo centro decisionale (Cass. n. 26283/2013). Alla luce di tanto, per Tribunale, va estesa alle società *in house providing* l'esenzione dal fallimento prevista dall'art. 1 l. fall. in favore degli enti pubblici, nella misura in cui tali società configurino, in sostanza, delle vere e proprie articolazioni degli enti pubblici che le partecipano, non potendosi configurare tra ente partecipante e società partecipata un rapporto di alterità e neppure una separazione patrimoniale, se non in punto di mera titolarità⁶⁷⁹.

Insomma, il giudice scaligero – diversamente da quello modenese – opta per uno “squarcio del velo” a trecentosessanta gradi. Le affermazioni delle Sezioni Unite in tema di *in house* non possono essere utilizzate a piacimento; esse richiedono un'applicazione generalizzata, in ogni ambito che veda coinvolte tali strutture, anche a costo di deludere le aspettative di soggetti terzi che con esse siano entrati in contatto.

In senso analogo, il Tribunale di Napoli ha ritenuto di poter porre in discussione le conclusioni raggiunte da Cass. n. 22209/2013 “prendendo le mosse dal recentissimo intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che si è occupata del tema [delle società *in house providing*, ndr], pur se a fini diversi”. Nella pronuncia del Tribunale partenopeo, dopo un rapido *excursus* sulle tappe fondamentali della pronuncia di novembre 2013, si legge che “anche se le SS.UU. hanno effettuato tale ricostruzione del fenomeno dell'*in house providing* ai fini del riparto di giurisdizione in merito all'azione di responsabilità degli organi di gestione e controllo, ritiene questo Collegio che analoghe conclusioni siano da prendere anche relativamente alla questione dell'assoggettabilità della società *in house* alla disciplina del fallimento”. A

⁶⁷⁹ Anche in questo caso è posto in luce il rapporto (per così dire) conflittuale che intercorre tra i due arresti – quello di settembre e quello di novembre 2013 (in realtà, il Tribunale cita Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26288, inedita; ma, leggendo i passi riportati dal Tribunale stesso, ci si rende presto conto che il contenuto di Cass. n. 26288/2013 è identico a quello di Cass. n. 26283/2013) – della Cassazione. Infatti, dopo aver osservato che alla s.r.l. di cui si tratta deve essere attribuita la qualifica di società *in house providing*, il giudice veronese rileva subito “che sulla fallibilità delle società *in house* si sono manifestati diversi orientamenti”.

questo punto, la soluzione è scontata: “se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società *in house* integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell’ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni”⁶⁸⁰.

È questo l’approccio – che annovera seguaci anche in dottrina⁶⁸¹ – “della prevalenza della sostanza sulla forma e dunque della complessiva entificazione delle società *in house*, con tutto ciò che a questo consegue, in termini non più solo di

⁶⁸⁰ Sulla stessa scia, Trib. Nola, 30 gennaio 2014, in www.ilcaso.it, in tema di ammissione a concordato preventivo di una s.p.a. interamente partecipata dal Comune di Pomigliano D’Arco (ENAM S.p.A.). Per prima cosa, il Tribunale rileva che “quanto alla ricorrenza dei presupposti soggettivi, ed in specie di quello specifico della fallibilità e sottoponibilità a concordato preventivo di società controllata totalmente dal socio unico Comune di Pomigliano D’Arco, ex artt. 1 e 161 L.F., [...] recenti arresti di legittimità hanno individuato (pur in relazione al riparto di giurisdizione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale della Corte dei conti) il discrimine tra società riconducibili all’alveo delle società di diritto privato regolate dal codice civile, pur se sottoposte a partecipazione di enti pubblici, e società che, pur formalmente appartenenti al genere delle società di diritto privato, sono nondimeno null’altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, di fatto dunque enti pubblici (come tali sottratti alle procedure concorsuali)”; in particolare, i giudici campani menzionano Cass., S.U., 13 dicembre 2013, n. 27993, in www.dejure.it, pronuncia che a sua volta si rifà espressamente ai principi sanciti da Cass. n. 26283/2013. L’analisi poi prosegue, e il Tribunale – nel caso di specie – rileva che: “1) quanto al requisito della partecipazione, effettivamente l’art. 6 [dello statuto della società partecipata, ndr] impedisce il trasferimento delle azioni a soggetti diversi da enti pubblici: esso quindi sussiste; 2) quanto al requisito dell’attività prevalentemente espletata non solo a vantaggio degli enti pubblici, ma in modo da escludere la presenza della società in settori ove essa operi, anche potenzialmente, in concorrenza con altre imprese, l’art. 5 dello statuto prevede la possibilità di accedere ad una serie ampia ed indefinita di attività imprenditoriali connesse ed affini, sicché tale requisito, diversamente dal primo, non sussiste; 3) quanto all’ultimo requisito del controllo analogo, sebbene l’amministratore unico ovvero il consiglio di amministrazione a maggioranza siano scelti dal sindaco del Comune di Pomigliano, sebbene l’organo amministrativo sia tenuto a rispettare le direttive e gli indirizzi del Comune (cfr. art. 4 dello statuto), sebbene il Sindaco provveda a verificare la rispondenza a dette direttive ed indirizzi dei singoli atti di straordinaria amministrazione (cfr. art. 24 dello statuto), il collegio non ravvisa una forma di controllo «penetrante e continuo» quale quello richiesto dall’arresto di legittimità da ultimo citato: sul punto, il collegio rileva tuttavia che una istruttoria più approfondita potrebbe essere svolta, chiedendo informazioni e documenti all’istante società ed al Comune stesso; tuttavia, tenuto conto che difetta il secondo requisito, tale indagine è nella specie superflua”. Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale ha dunque decretato l’ammissione a concordato preventivo della società. Seguendo il ragionamento dei giudici campani, una società a partecipazione pubblica dotata di tutti e tre i requisiti non sarebbe assoggettabile alle norme sul concordato (e nemmeno a quelle sul fallimento).

⁶⁸¹ Cfr. S. SCICCHITANO, *Intervento* al convegno *Il fallimento delle società pubbliche*, tenutosi in Roma il 10 giugno 2014, in www.studioscicchitano.it, p. 4, il quale afferma addirittura che “se è pacifica l’assoggettabilità a fallimento della società in mano pubblica è altrettanto pacifico il principio della non assoggettabilità a fallimento delle società che – oltre ad essere in mano pubblica – svolgono un servizio pubblico in regime di c.d. *in house providing*”.

organizzazione e responsabilità, ma di regime dei rapporti, relazioni tra imprese, forme di tutela”⁶⁸².

È qui che emergono con forza le (disastrose) conseguenze dello “squarcio del velo” della personalità giuridica, in ambito fallimentare: se non risulta configurabile un rapporto di alterità tra l’ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, quest’ultima finisce per coincidere col primo che, come noto, non può fallire. Si pone allora il seguente problema: dei debiti contratti dalla società *in house*, che in realtà società non è, chi risponde?

Lasciando momentaneamente in sospenso questa domanda, torniamo a quella che invece rappresenta il fulcro del presente paragrafo: la società *in house providing* fallisce? Secondo quanto da ultimo riportato, la risposta deve essere negativa: ricorrendo i noti requisiti, essa perde completamente la propria autonomia e finisce per diventare un mero organo dell’ente pubblico partecipante; di conseguenza, in qualità di articolazione di un ente pubblico, a tale società deve essere estesa la previsione di esenzione di fallimento *ex art. 1 l. fall.*⁶⁸³

Prima di tracciare un bilancio sulla situazione scaturita dalla pronuncia delle Sezioni Unite, mette conto evidenziare ancora un aspetto. Analizzando queste stesse pronunce di merito, c’è chi ha incolpato i relativi tribunali (Verona, Napoli, etc.) di una sorta di faciloneria, ponendo l’accento sul fatto che “i giudici della Cassazione pur radicando la giurisdizione della Corte dei conti avevano posto un insuperabile argine alla c.d. riqualificazione, ossia all’attribuzione alla società partecipata della qualifica di ente pubblico”, mentre “ciò invece [...] è subito accaduto”: “difatti gran parte della giurisprudenza di merito ha interpretato l’orientamento della delle Sezioni Unite proprio come una riqualificazione, altrimenti non si spiega l’affermazione che la società *in house* rientra tra i soggetti non assoggettabili alle procedure concorsuali a norma dell’art. 1 della legge fallimentare, ossia tra gli enti pubblici”⁶⁸⁴.

⁶⁸² In questi termini, M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, op. cit., p. 407.

⁶⁸³ Così osserva (e conclude), S. SCICCHITANO, *Intervento*, op. cit., pp. 4-5.

⁶⁸⁴ Si tratta di F. FIMMANO’, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., pp. 56-57. Di diverso avviso, L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 10, secondo cui, invece, “è evidente che la strada è aperta per riqualificare la società *in house* come soggetto di diritto pubblico, in particolare come ente pubblico, non essendo soggetto distinto dall’ente che lo partecipa, con conseguente esclusione dal fallimento”.

Chi muove quest'accusa, non considera che quanto affermato dai giudici di legittimità “per contrastare erronee derive interpretative inclini, con eccessivo semplicismo, alla riqualificazione della società partecipata da soggetti pubblici come ente pubblico”⁶⁸⁵, è da loro stessi smentito nel momento in cui “squarciano il velo” della personalità giuridica e propinano l'idea di una mancanza di alterità soggettiva tra socio e società.

Un'operazione simile può essere chiamata “dequalificazione” – perché il soggetto viene in un certo senso degradato da autonomo a dipendente da/parte di un altro soggetto – ma, in fondo, non è anche questa una forma di qualificazione? L'approdo è lo stesso, cambia la via per raggiungerlo. Come riportato nel secondo capitolo, chi qualifica una società come ente pubblico passa attraverso l'individuazione di un complesso di indici esteriori sintomatici della pubblicità; chi invece “squarcia il velo” lo fa sulla base di tre requisiti che permettono di qualificare (appunto) il soggetto in questione come *longa manus* dell'ente pubblico socio, cioè come parte di un ente pubblico⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Così, L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 43. Il passaggio cui si fa riferimento è quello in cui le Sezioni Unite affermano che non è possibile “sottrarsi alla drastica alternativa [...] per la quale, fin quando non si arrivi a negare la distinzione stessa tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata, e quindi tra la distinta titolarità dei rispettivi patrimoni, la giurisdizione della Corte dei conti in tema di risarcimento dei danni arrecati dai gestori o dagli organi di controllo al patrimonio della società potrebbe fondarsi soltanto: o su una previsione normativa che eccezionalmente lo stabilisca, quantunque si tratti di danno arrecato ad un patrimonio facente capo non già ad un soggetto pubblico bensì ad un ente di diritto privato – previsione certo possibile, ma che allo stato non appare individuabile in termini generali nell'ordinamento –; oppure sull'attribuzione alla stessa società partecipata della qualifica di ente pubblico, onde il danno arrecato al suo patrimonio potrebbe qualificarsi senz'altro come danno erariale. Soluzione, quest'ultima, che appare però ben difficilmente predicabile, perché trova un solido ostacolo nel disposto dell'art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70, a tenore del quale occorre l'intervento del legislatore per l'istituzione di un ente pubblico; e pare difficile dubitare che siffatta norma esprima un principio di ordine generale, ove si consideri la molteplicità e la rilevanza degli effetti giuridici potenzialmente implicati nel riconoscimento della natura pubblica di un ente. Di modo che, se in via di principio può ammettersi che un siffatto riconoscimento sia desumibile anche per implicito da una o più disposizioni di legge, occorre nondimeno che la volontà del legislatore in tal senso risulti da quelle disposizioni in modo assolutamente in equivoco. Ma, quanto alle società a partecipazione pubblica, lungi dal ravvisarsi disposizioni normative che inequivocabilmente attribuiscono loro la qualifica di ente pubblico, s'è già visto come il legislatore si sia preoccupato a più riprese di ribadire, in via generale e fatta salva l'applicazione di singole regole speciali, l'assoggettamento alla disciplina dettata dal codice civile per le società di diritto privato, con le già richiamate conseguenze in punto di giurisdizione”.

⁶⁸⁶ La differenza potrà al più riguardare il numero di enti pubblici risultante da queste operazioni. Ipotizzando di avere a che fare con una società di capitali unipersonale, interamente partecipata da un Comune, lo “squarcio del velo” metterà in evidenza l'esistenza di un solo ente pubblico – il Comune – , di cui ciò che viene chiamato società *in house* fa parte. In caso di qualificazione/riqualificazione invece, poiché l'affermazione della natura pubblica non passa attraverso l'eliminazione della forma societaria

Le affermazioni con cui le Sezioni Unite si oppongono all'attribuzione della qualifica di ente pubblico alla società partecipata, assomigliano a un omaggio – non particolarmente sentito – reso nei confronti della precedente giurisprudenza, quasi a premunirsi contro l'insorgere di sgradevoli equivoci: siccome la stessa Cassazione ha negato, appena due mesi prima, “che la società perda la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che un ente pubblico ne detenga la maggioranza [o la totalità, *ndr*] delle partecipazioni”⁶⁸⁷, menzionando fra i principali argomenti a sostegno proprio l'art. 4 l. 70/1975, si ribadisce questo concetto, così da evitare contraddizioni dirette e frontali; dopodiché si può perseguire l'obiettivo avuto di mira (sancire la pubblicità di ciò che viene danneggiato, così da poter fondare la giurisdizione della Corte dei conti) attraverso la via inesplorata – ma sostanzialmente equivalente – della negazione della distinzione tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata, con quest'ultima che si dilegua⁶⁸⁸.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, può parlarsi di riproduzione acritica da parte dei giudici di merito dell'orientamento delle Sezioni Unite non in ragione di un utilizzo dello stesso “in ambiti completamente diversi da quello della giurisdizione che richiederebbero invece una vera e propria riqualificazione dell'ente”⁶⁸⁹, ma perché essi hanno del tutto trascurato – contrariamente ai “partigiani” del precedente paragrafo 4.2 – i risultati raggiunti da Cass. 22209/2013, in particolare in tema di tutela dei “principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse [le società a partecipazione pubblica, *ndr*] entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento”⁶⁹⁰. In questo possono essere criticati i Tribunali di Verona, Napoli, etc., non certo per il fatto di aver “frinteso” le parole delle Sezioni Unite: la dequalificazione che essi pongono in atto

(e della connessa soppressione della personalità giuridica che ne deriva), gli enti pubblici saranno due – il Comune e la società –, perfettamente distinti tra loro.

⁶⁸⁷ Così, L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 7.

⁶⁸⁸ Negazione dipinta addirittura come “atto dovuto”: v. L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 47, secondo cui “nel quadro dell'evoluzione delle società *in house*, quale risultante dalla vincolante giurisprudenza europea e della configurazione che questa ha dato alla nozione di controllo analogo, era difficile sottrarsi alla conclusione affermata dalle Sezioni Unite”.

⁶⁸⁹ Come invece sostiene F. FIMMANO³, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 56.

⁶⁹⁰ Senza dimenticare “la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità”: sono queste le (ormai note) conclusioni di Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, cit.

nel momento in cui devono verificare l'assoggettabilità a fallimento di una società *in house*, è la stessa che compiono i giudici di legittimità quando decidono in tema di riparto di giurisdizione. Non procedono secondo il vecchio schema del metodo c.d. "tipologico", ma applicano il nuovo metodo predicato dalla Corte, che tocca il vertice con lo "squarcio del velo" della personalità giuridica societaria⁶⁹¹.

4.4. Il risultato finale: la confusione.

Al termine di questa rassegna giurisprudenziale, ciò che sembra dominare la scena è la confusione più totale.

La causa di una tale situazione non è da ricercare soltanto nella ricostruzione del requisito del "controllo analogo" compiuta dalle Sezioni Unite, dello "squarcio del velo" della personalità giuridica, e così via. I problemi non riguardano soltanto il merito, che pure ha condotto "ad una vera e propria ibridazione ordinamentale"⁶⁹².

C'è una considerazione per alcuni versi ancora più rilevante, che riguarda il metodo adottato dai giudici del Supremo Consesso: essi "propongono una soluzione tipologica che in realtà riguarda una fattispecie che deve essere oggetto di una valutazione caso per caso"⁶⁹³.

La Cassazione, infatti, individua il tipo "società *in house*" sulla base di alcune caratteristiche concrete, neppure solo statutarie, ma in parte addirittura fattuali, e vi ricollega la giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità degli organi sociali. Per stabilire se tale giurisdizione contabile sussista oppure no, occorrerà

⁶⁹¹ Può anche prendersi per vero quello che dice L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, op. cit., p. 43, cioè che la Corte "traccia con precisione i confini della giurisdizione e nega anche, con fermezza, la validità di ricostruzioni panpubblicistiche, fondate su interpretazioni riqualficatorie della natura delle società, prive di base normativa ed in contrasto con il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma 2, Cost.)", ma resta il fatto che essa, un attimo dopo, fornisce un *assist* perfetto a chi già in precedenza era incline ad operazioni di riqualficazione. Aspetto, quest'ultimo, perfettamente colto da L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., v. *supra*, nota 685.

⁶⁹² F. FIMMANO', *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, op. cit., p. 65.

⁶⁹³ Cfr. F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., pp. 50-51. Lo stesso R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, op. cit., p. 1332, ricorda che si tratta di una prospettiva dai "profili problematici, soprattutto derivanti dall'assenza di una precisa definizione legislativa del fenomeno dello *in house providing* e di sicuri indici normativi circa la natura pubblica degli enti in veste societari [...] potendo eventualmente siffatti indici esser ricercati, ma non senza difficoltà, nel ginepraio delle frammentarie disposizioni speciali che talvolta menzionano a vari fini dette società *in house*, al di fuori però di un quadro coerente di sistema".

verificare se in una determinata società a partecipazione pubblica esista o meno “un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso”.

Nel caso concreto che ha originato la sentenza n. 26283/2013, le Sezioni Unite premettono che il giudice di primo grado ha compiuto questa valutazione poi rimasta incontestata, e quindi la danno per accertata e giudicata. Ma, come giustamente osserva Francesco Fimmanò, “immaginiamo cosa accadrà dopo questa sentenza: si verificherà un florilegio di eccezioni, si faranno nei giudizi mille distinguo, perché non c’è una esatta qualificazione tipologica normativa”; di conseguenza, “è prevedibile l’esplosione dell’incertezza”⁶⁹⁴.

In definitiva, “ci troveremo di fronte a innumerevoli fattispecie diverse in cui i giudici dei diversi gradi di giudizio dovranno valutare in un alveo molto ampio caratteri non codificati, con una incertezza complessiva ancor più volatile della precedente”⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ Così, F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 51, il quale aggiunge che “sarebbe stato diverso se una volta introdotto un tipo di società legale, appunto *in house* (costituita come tale fin dalla denominazione), si fosse conseguentemente affermata la giurisdizione della Corte dei conti. La sentenza sarebbe stata in tal caso condivisibile in pieno”. L’opinione dell’A. al riguardo è chiara (p. 50): “abbiamo avuto modo, già da anni, di segnalare che le esigenze socio-economiche e politiche dovevano trovare risposte nella emanazione di «norme efficienti» ovvero nella interpretazione giurisprudenziale efficace, capace di sanzionare l’abuso del modello societario, utilizzato per soddisfare obiettivi «impropri» attraverso la segregazione patrimoniale”.

⁶⁹⁵ Ancora, F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., pp. 52-53. La conferma di tutto ciò viene dalle stesse Sezioni Unite che, infatti, una settimana dopo la sentenza in commento ne hanno emessa un’altra, nella medesima composizione (Cass., S.U., 16 dicembre 2013, n. 27993, cit.) in cui non riconoscono la giurisdizione contabile per l’inesistenza dei tre requisiti individuati: la necessaria appartenenza pubblica del capitale della società (con la previsione statutaria del divieto di cedere a soggetti privati quote della stessa), l’inesistenza di margini di libera agibilità sul mercato (neppure attraverso partecipate) e la sottoposizione a controllo analogo (che non può ridursi al potere di nomina degli organi sociali). In particolare, mette conto sottolineare che, proprio in riferimento a quest’ultimo requisito, le Sezioni Unite ripropongono la nota interpretazione: “quel che rileva è che l’ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica”. A differenza della sentenza di novembre, tuttavia, in questo caso si aggiunge uno scrutinio dello statuto della società in questione (AMA S.p.A.), finalizzato a verificare la sussistenza o meno dei tre requisiti. Cfr. anche Cass., S.U., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Soc.*, 2014, p. 953 e ss., con commento di F. CERIONI, ove lo schema è sempre lo stesso: affermazione della piena riconducibilità al diritto privato (con contestuale affermazione dell’inderogabilità dello statuto privatistico dell’imprenditore commerciale) delle società a partecipazione pubblica per così dire “normali”; eccezione per le società *in house*, che invece sono da riquadrarsi in senso pubblicistico (come affermato senza mezzi termini dallo stesso commentatore); analisi dello statuto della società; mancanza degli stringenti requisiti necessari perché si possa parlare di *in house providing*; negazione della giurisdizione contabile. Il commentatore osserva che (p. 971) “la diversità di vedute all’interno della stessa Corte Suprema ha talora favorito quell’approccio casistico o sostanzialistico, che ha consentito ai giudici di valutare caso per caso se una società pubblica possa

5. Un diverso approccio alla pronuncia delle Sezioni Unite.

Abbiamo già detto di apprezzare lo sforzo di coloro che, a fronte delle dirompenti affermazioni delle Sezioni Unite, hanno deciso di rispettare quanto sancito da Cass. n. 22209/2013, dichiarando comunque assoggettabili alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo le società *in house*. Da questo punto di vista, si tratta di un approccio sicuramente preferibile a quello di chi al contrario esonera tali società dall'area di applicazione delle procedure concorsuali, in ragione di quello "squarcio del velo" della personalità giuridica che degrada la società a mero organo dell'ente pubblico socio. Chi propende per tal esonero, trascura nella maniera più assoluta le esigenze di tutela dei terzi, che rappresentano un aspetto fondamentale della vicenda che vede coinvolte le società a partecipazione pubblica⁶⁹⁶.

essere assimilata nel caso concreto ad un ente pubblico attraverso l'individuazione di precisi indici sintomatici".

Coglie dunque nel segno G. MONTEDORO, *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, op. cit., p. 3589 e ss., quando afferma che "il punto di equilibrio è tuttavia ancora lontano dall'essere raggiunto, l'*in house* si muove fra successo del modello e diffidenza verso di esso, la giurisprudenza, con moto oscillatorio, apre al diritto privato ma poi prevede l'eterno ritorno del diritto pubblico, il legislatore tenta vie nuove ma che ancora attendono di essere validate dagli organi comunitari, gli stessi organi comunitari non sono approdati ad una definizione compiuta delle regole di partenariato pubblico-privato nemmeno sul piano dei rapporti con le regole dell'evidenza pubblica europea".

⁶⁹⁶ Ciò, senza dimenticare che, come ricorda F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 40, "le tecniche giurisprudenziali di reazione all'abuso della personalità giuridica basate sullo squarcio o sulla confusione patrimoniale, sono state definitivamente superate dal nuovo impianto normativo (risultante dalle riforme del diritto societario e fallimentare) che si muove su un doppio binario: l'estensione della responsabilità derivante dalla eccezione tipologica e la responsabilità derivante [...] dall'attività di direzione e coordinamento". Più nel dettaglio, l'A. osserva che "la normativa di cui agli artt. 2467 ss., c.c., unitamente a quella di cui all'art. 147 l. fall., ora esclude la possibilità dello squarcio della segregazione mediante la «estensione» della responsabilità o la confusione dei patrimoni, che rimane tecnica possibile solo per i tipi che contemplano una conaturata responsabilità illimitata dei soci o di alcuni di essi [s.n.c., s.a.s. e s.a.p.a., ndr]. In ogni caso non si tratterà di squarcio del velo (che resta intangibile ed anzi si rafforza) ma di responsabilità da abuso del dominio". Opinione espressa in precedenza anche in ID., *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, p. 419 e ss.: "quando l'impresa o le imprese dominate sono società di capitali eterodirette contro l'interesse sociale, e cioè utilizzate come veicolo di una condotta economica e strategica unitaria nell'interesse extrasociale, la questione non è più l'imputazione sostanziale degli atti, né l'abuso della personalità giuridica, né lo squarcio della segregazione, né la simulazione di società, né la trasformazione tacita in società in nome collettivo, né il ripristino della regola della responsabilità illimitata di cui all'art. 2740 c.c., ma appunto l'abuso dell'attività di dominio". Quelle appena citate, sono tutte tecniche ormai recessive nel nostro ordinamento; lo evidenzia anche F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 63 e ss., secondo cui, "diversamente ragionando, verrebbe inficiata la ragion d'essere della distinta soggettività e autonomia patrimoniale perfetta delle società di capitali nei gruppi, con un totale stravolgimento del sistema societario-fallimentare per via giudiziaria" (p. 72); gruppi "che si impernano proprio sul rispetto dell'autonomia patrimoniale delle singole società (madre, figlia, sorelle ecc.), se pure nell'instaurazione sistematica di relazioni infragruppo" (p. 75).

Tuttavia, anche i c.d. “partigiani” non vanno esenti da critiche, poiché essi – come si è avuto modo di osservare – attribuiscono una valenza “settoriale” alle affermazioni delle Sezioni Unite: “settorialità” più postulata che reale⁶⁹⁷. I giudici affermano a chiare lettere che “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”.

Ebbene, una società *i)* a partecipazione pubblica totalitaria, *ii)* che svolge la maggior parte della propria attività in favore del socio pubblico e *iii)* che presenta organi totalmente assoggettati al volere di tale socio, poiché quest’ultimo impartisce loro ordini e comandi, per quale ragione dovrebbe meritare una sorte diversa da quella individuata nella sentenza in commento? Detto altrimenti, una società che può essere considerata *in house* secondo il rigido modello adottato dalle Sezioni Unite, perché dovrebbe mantenere la propria distinta personalità giuridica, invece di vederla “squarciata”? Da questo punto di vista, i c.d. “dequalificatori” dimostrano maggior aderenza al *dictum* dei giudici di legittimità: squarciare il velo non significa semplicemente scostarlo, per poi rimmetterlo al suo posto quando fa comodo; significa distruggerlo, cioè toglierlo di mezzo in maniera definitiva.

Per non parlare del fatto che l’impostazione delle Sezioni Unite, per ragioni di coerenza, dovrebbe valere anche per le società a partecipazione interamente privata, atteso che lo “squarcio del velo” della personalità giuridica non è collegato dalla Suprema Corte alla natura (pubblica o privata) del socio, ma al particolare rapporto che questo instaura con la società medesima. Pertanto, tutte le volte in un socio si servisse della società come cosa propria al fine di perseguire fini ed interessi del tutto personali, influenzando le decisioni degli organi ed ingerendosi nella gestione, la società dovrebbe essere considerata come inesistente. È evidente che una conclusione simile sarebbe distruttiva dell’intero ordine pubblico economico italiano. Sulla figura del socio tiranno, v. W. BIGIAMI, *Società controllata e società adoperata “come cosa propria”*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, p. 623 e ss.; ID., *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1180 e ss.; *contra*, T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *For. it.*, 1956, I, p. 405 e ss.

⁶⁹⁷ Sempre che non si voglia ravvisare un’operazione di “contenimento degli effetti” in alcune sporadiche affermazioni che la Corte fa tra la fine del paragrafo 4 e l’inizio del paragrafo 5 della sentenza in commento. Di questo avviso sembra essere M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, op. cit., p. 405: “e così l’affermazione della società *in house* come entità priva di autonomo centro decisionale e di cui non è possibile individuare un interesse proprio è accompagnata dalla precisazione che comunque per le società che qui interessano «ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario». Allo stesso modo quando si ribadisce che le società *in house* hanno della società solo la forma ma in realtà sono articolazioni dell’ente pubblico si precisa che «ciò sia detto quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione». Secondo l’A., simili precisazioni consentono una “delimitazione della portata innovativa della pronuncia”.

5.1. Le Sezioni Unite parlano di un *in house providing* realmente esistente?

Ricapitolando, da un lato c'è chi intende rispettare appieno quanto stabilito in Cass. n. 22209/2013 ma, cogliendo i rischi legati al venir meno dello schermo della personalità giuridica, mette in un angolo Cass. n. 26283/2013, e vi tiene fede in modo arbitrario (in tema di giurisdizione sì, in altri ambiti no); dall'altro lato, c'è chi recepisce l'insegnamento delle Sezioni Unite in tutta la sua portata, ma in sede concorsuale dimentica i fondamentali risultati raggiunti dalla stessa Cassazione, appena due mesi prima.

Fermo restando che i principi generali scolpiti da Cass. n. 22209/2013 richiedono il più alto grado di tutela possibile, per cui chi disattende il contenuto di questa prima pronuncia versa in errore fin da subito, il punto cruciale per venire a capo della questione sta, oltre che nel rispetto di Cass. n. 22209/2013, in un diverso approccio (rispetto a quello dei "partigiani") alla sentenza n. 26283/2013, il quale si misuri per davvero con le sue parole, senza dover censurare o postulare alcunché. Per quanto discutibile nei contenuti, infatti, abbiamo pur sempre a che fare con una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cui l'ordinamento assegna un "surplus di funzione nomofilattica [...] anche quando operano il riparto di giurisdizione"⁶⁹⁸.

Al riguardo, un utile spunto proviene dalle parole di Fimmanò poc'anzi citate, con cui si pone in evidenza un dato già emerso nel corso di questa trattazione⁶⁹⁹: la società *in house* non costituisce un tipo societario; i soggetti con cui abbiamo a che fare sono s.p.a. o s.r.l., cui la semplice attribuzione del nome "*in house*" non aggiunge alcunché se non è accompagnata da un insieme di caratteristiche concrete – statutarie, ma anche fattuali – da valutare caso per caso.

Pertanto, è doveroso scostare per un attimo il "cappello" rappresentato dal nome "*in house*" e guardare ciò che si cela al di sotto, vale a dire la struttura descritta dalle Sezioni Unite⁷⁰⁰. Ci pare questo il metodo più corretto: poiché l'espressione "società

⁶⁹⁸ Si tratta delle già citate parole di R. RORDORF, *Le società partecipe fra pubblico e privato*, op. cit., p. 1326.

⁶⁹⁹ *Supra*, cap. I, il paragrafo sull'*in house providing*.

⁷⁰⁰ Del resto, ogni giudice fa così: egli va sempre alla ricerca dei requisiti che gli permettano di qualificare una certa società come "*in house*"; prima di tale indagine, ciò che ha davanti a sé sono delle normalissime società di capitali (s.p.a. o s.r.l.).

in house providing” non è evocativa di un tipo societario legalmente definito e dai contorni ben delineati, non la si può utilizzare senza compiere il successivo sforzo di comprendere a cosa essa sia concretamente riferita. Diventa allora necessario prendere alla lettera le indicazioni dei giudici di legittimità circa i tre requisiti, e verificarne la sussistenza. Non è infatti scontato che la generalità degli enti che comunemente vanno sotto il nome di “società *in house providing*” presentino – soprattutto con riferimento al requisito del “controllo analogo” – i caratteri tracciati nella sentenza di novembre 2013.

Ebbene, a questo punto tornano utili le considerazioni svolte nelle pagine precedenti, le quali ci permettono di affermare che le Sezioni Unite discorrono di un modello *in house providing* privo di riscontri *i*) a livello comunitario, perfino nelle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia negli anni di massimo rigore interpretativo (fino al 2007); *ii*) a livello nazionale, perfino nelle più rigide espressioni del giudice amministrativo (Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1)⁷⁰¹.

Tutto ciò trova conferma non solo nella recente nozione di “controllo analogo” plasmata dal legislatore europeo nella direttiva 2014/24/CE, ma anche negli statuti di quelle società normalmente considerate “*in house*”, al cui interno è assai raro rinvenire clausole tali da consentire l’instaurazione di un rapporto gerarchico fra amministratori della società e ente pubblico socio, “che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso”.

Insomma, abbiamo a che fare con un’ipotesi di *in house providing* differente da quelle conosciute finora nel nostro ordinamento da dottrina e giurisprudenza; l’espressione *in house* è qui riferita dalle Sezioni Unite a qualcosa che molto probabilmente è privo di riscontri nella realtà⁷⁰², e che – in virtù delle sue rigide

⁷⁰¹ Un modello che, con ogni probabilità, sancirebbe il definitivo tramonto dell’*in house providing* societario, nel senso che l’attrito con le norme imperative del diritto societario diventerebbe talmente forte, da obbligare un ripiegamento su altri schemi organizzativi, diversi da quelli propri delle società di capitali, contemplati nel c.c. Avrebbe così ragione, una volta per tutte, chi (come F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 41 e ss., in part. p. 86) ha sempre dubitato “dell’applicabilità alle società (scelta tutta italiana) del modello *Teckal*”: in questi termini, F. FIMMANO’, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 5, il quale aggiunge che, “d’altra parte, la società si distingue dall’azienda speciale e dal consorzio proprio per l’estraneità e l’autonomia (perfetta sul piano patrimoniale) rispetto all’apparato amministrativo dell’ente locale, di cui non è certamente organismo strumentale”.

⁷⁰² Salvo che notai particolarmente spregiudicati accettino di rogare atti che, francamente, avrebbero ben poco a che vedere con statuti di società di capitali. Nel senso di una mancanza di riscontri nella realtà, v. (oltre al paragrafo successivo) Trib. Nola, 30 gennaio 2014, cit., che – almeno sulla base degli

connotazioni in tema di “controllo analogo” – potremmo convenzionalmente definire *in house providing* “hard”.

Ciò significa che la principale conseguenza che le Sezioni Unite ricollegano a questa particolare struttura, cioè lo “squarcio del velo” della personalità giuridica, non può realizzarsi con riferimento ad altre strutture che presentano connotati diversi o comunque non del tutto corrispondenti a quelli individuati dalla Suprema Corte. Sono queste le strutture improntate a un modello *in house providing* per così dire “soft”, incentrato su una nozione di “controllo analogo” in linea con quella da noi delineata in precedenza, oltre che sul possesso degli altri requisiti normalmente richiesti.

In tal modo, pur essendo vero che “le Sezioni Unite non hanno affrontato il problema della tutela dell’affidamento dei terzi creditori, che possono non sapere di essere di fronte ad una società *in house*”⁷⁰³, detta tutela non è per forza di cose destinata all’oblio. Infatti, in mancanza di una totale immedesimazione fra società e Comune, la prima può fallire e principi affermati da Cass. n. 22209/2013 non sono intaccati.

Non c’è nulla di artificioso in tutto ciò. Si tratta di una semplice constatazione derivante da un approccio che, quando si parla di *in house*, è per forza di cose casistico. Se la Cassazione avesse adottato una differente “nozione” di “controllo analogo”, l’arresto in questione avrebbe potuto avere ben altra incidenza, ma così non è stato. Del resto, una ricostruzione più “indulgente” del rapporto intercorrente tra socio pubblico e società non avrebbe potuto condurre allo “squarcio del velo” della personalità giuridica di quest’ultima, rivelandosi così inutile ai fini perseguiti dai giudici di legittimità nella pronuncia in esame.

In definitiva, sono le parole stesse della Cassazione – con la loro eccessiva “durezza” – a rendere remota l’ipotesi di uno “squarcio del velo” della personalità giuridica: è questa la strada da percorrere se si vuole “disinnescare” il meccanismo architettato dalla sentenza n. 26283/2013, che a prima vista può apparire come un potente erosivo della regola che vuole assoggettabili a fallimento tutte le società a partecipazione pubblica, senza distinzione alcuna.

elementi acquisiti nel corso del processo – non ritiene sussistente il requisito del “controllo analogo” così come descritto dalle Sezioni Unite (*supra*).

⁷⁰³ L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 10.

5.2. Il caso Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A.

Per una conferma di quanto detto finora, si prenda il caso di Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A.

Quanto si legge nello statuto⁷⁰⁴ non corrisponde affatto al quadro descritto dalle Sezioni Unite, in tema di “controllo analogo”. Nel titolo III, dedicato ad assemblee e soci (artt. 11 e 12), non sono rinvenibili elementi particolarmente significativi, mentre nel titolo IV, dedicato all’amministrazione, l’art. 13, co. 12 stabilisce che “l’Amministratore Unico ovvero il Consiglio d’Amministrazione ha i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società, senza limitazioni, con facoltà di compiere tutte le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale, escluse soltanto quelle che la legge o il presente statuto in modo tassativo riservano all’Assemblea”. Infine, nel titolo VI, dedicato a esercizio sociale, utili e disposizioni generali, l’art. 18 opera un rinvio al diritto comune: “per quanto non espressamente contemplato dal presente Statuto, si fa riferimento e si applicano le disposizioni contenute nel Codice Civile e nelle leggi vigenti”⁷⁰⁵.

La vicenda, a questo punto, assume tinte sempre più fosche, e merita un breve approfondimento⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Come ricorda M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, op. cit., p. 405, “la specifica attenzione portata sul concreto assetto organizzativo delle società *in house* anche con riguardo ai rapporti con l’ente affidatario pone alla ribalta la necessità di scrupolosa analisi delle norme statutarie e regolamentari”; pertanto, “il primo ovvio elemento da prendere in considerazione è la rilevanza dello statuto vigente all’epoca della condotta contestata come causa di danno erariale”. Lo statuto di ETM S.p.A. è stato scaricato da <https://telemaco.infocamere.it>, portale dei servizi telematici offerti dal sito del registro delle imprese <http://www.registroimprese.it>, contenente i dati ufficiali delle Camere di Commercio. Occorre ricordare, peraltro, che la società è stata sciolta e cancellata dal registro delle imprese nel 2011.

⁷⁰⁵ Peraltro, sia consentito dire che, tra tutti gli statuti di società *in house providing*, questo sembra particolarmente “blando” per quanto riguarda il requisito del controllo analogo. Ciò al punto che – basandosi unicamente sullo statuto – si potrebbe dubitare della legittimità di affidamenti diretti predisposti dal Comune di Civitavecchia in favore di ETM S.p.A. Un esempio di statuto meno “blando” – sempre per quanto riguarda il requisito del “controllo analogo” – è quello di ENAM S.p.A., società interamente partecipata dal Comune di Pomigliano D’Arco, che si è rivolta al Tribunale di Nola per essere ammessa alla procedura di concordato preventivo: v. *supra*, nota 681, punto numero 3) del virgolettato (ove il Tribunale, analizzando lo statuto della società *de qua*, riporta il contenuto di alcune clausole).

⁷⁰⁶ Questi, in sintesi, i fatti. Il 9 marzo 2009 il Procuratore della Repubblica presso la Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio della Corte dei conti citò in giudizio il direttore generale, il sindaco e l’amministratore unico della società interamente partecipata dal Comune di Civitavecchia, Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. Il Procuratore lamentò che i convenuti, nell’espletamento delle rispettive funzioni, avessero arrecato danno alla società, costituita per l’esercizio del trasporto pubblico locale, impegnandone le risorse in una non prevista attività di trasporto merci per conto terzi e remunerando

In particolare, è interessante concentrarsi su ciò che è stato concretamente deciso in primo e in secondo grado dai giudici contabili, così da poter apprezzare fino in fondo l'atteggiamento "opportunistico" tenuto dai giudici di legittimità, in occasione di Cass. n. 26283/2013.

Avanti alla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti del Lazio, i convenuti (direttore generale, sindaco e amministratore unico della società) hanno per prima cosa eccepito il difetto di giurisdizione della stessa, richiamando a sostegno la nota sentenza n. 26806/2009, emanata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione.

La fattispecie in esame, infatti, sarebbe dovuta rientrare nell'ambito della competenza giurisdizionale del giudice ordinario. Tuttavia, il giudice contabile ha curiosamente respinto l'eccezione, etichettandola come infondata⁷⁰⁷; a questo punto, "acclarata l'inconferenza del richiamo giurisprudenziale operato dalle difese", egli si è cimentato in un'analisi della natura di Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A., alla ricerca di elementi che potessero sostenere la tesi dell'organo requirente, il quale aveva evidenziato che la società *de qua* integrava il modello c.d. *in house providing* o "delegazione interorganica" delineato dalla Corte di giustizia, e che tutti i convenuti avevano avuto, all'epoca dei fatti a ciascuno contestati, un rapporto di servizio con Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A., tale da indirizzarne le scelte organizzative e gestionali⁷⁰⁸. Da tale indagine – che, visto anche il richiamo di Cass. n. 26283/2013,

per mansioni mediatriche, in realtà non effettuate, una diversa società costituita dal sindaco e gestita di fatto dal direttore generale. L'adito giudice contabile, con sentenza del 4 maggio 2010, accolse le domande del Procuratore e condannò i convenuti a risarcire il danno sofferto dalla ETM S.p.A. Fu proposto appello e la sezione giurisdizionale centrale della Corte dei conti, con sentenza depositata l'11 ottobre 2012, avendo ritenuto che l'azione per risarcimento dei danni da *mala gestio* nei confronti degli organi di una società di diritto privato, ancorché partecipata da soci pubblici, rientri nella sfera giurisdizionale del giudice ordinario, riformò la decisione di primo grado e dichiarò il difetto di giurisdizione del giudice contabile. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso il Procuratore generale presso la Corte dei conti, formulando due motivi di doglianza entrambi volti ad affermare la sussistenza, nel caso in esame, della giurisdizione del giudice contabile.

⁷⁰⁷ Corte conti, sez giur. regione Lazio, 4 maggio 2010, n. 989, in www.respamm.it, p. 9: "Si osserva, infatti, che l'eccezione scaturisce da una lettura non corretta della sentenza n. 26806/2009 del Giudice della giurisdizione, giacché, essa è relativa a fattispecie affatto diversa e, segnatamente, all'allocatione della pubblica provvista in forma di partecipazione al capitale sociale e nel cui ambito si è ritenuto che gli scopi perseguiti dalla pubblica amministrazione degradino a motivi. La situazione in esame relativa ad una s.p.a. a totale partecipazione pubblica non è, invero, assimilabile a quella – cui ha avuto riguardo la citata pronuncia – di mera partecipazione azionaria pubblica".

⁷⁰⁸ Cfr. p. 4 della sentenza di cui alla nota precedente.

ci aspettavamo più approfondita⁷⁰⁹ – il giudice contabile ha trovato le conferme che cercava: Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. è una società *in house*, modello organizzativo che presuppone un'assenza di alterità tra il soggetto affidante e il soggetto affidatario⁷¹⁰. A fronte di un simile “rapporto intercorrente tra comune di Civitavecchia e la società ETM”, “non pare dubitabile la sussistenza di un rapporto di servizio tra amministratori e dipendenti della società e l'ente locale eventualmente danneggiato dalle loro condotte”⁷¹¹. Tale argomento, unito a quelli successivamente svolti dal giudice contabile, ha portato quest'ultimo – oltre a ritenere sussistente la giurisdizione contabile – ad accogliere (seppur parzialmente) le richieste della Procura, condannando ciascun convenuto a un pagamento in favore di Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. per l'addebito di responsabilità amministrativa mosso dalla Procura medesima⁷¹².

La sentenza n. 989/2010 è stata impugnata davanti alla III Sezione giurisdizionale centrale della Corte dei conti da tutti i convenuti in primo grado, con

⁷⁰⁹ Nelle battute iniziali di Cass. S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., si afferma che “la qualifica della ETM come società *in house* del Comune di Civitavecchia discende da un accertamento in fatto compiuto dal giudice di primo grado, il quale ne ha dato dettagliatamente atto nella propria sentenza (si vedano, in particolare, pp. 9 e 10), nella quale è infatti puntualizzato: che l'anzidetta società è stata costituita dall'ente pubblico comunale, il quale ne è l'unico socio e le cui azioni non possono essere neppure parzialmente alienate a terzi; che essa ha per oggetto l'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale e di altri servizi inerenti alla mobilità urbana ed extraurbana [...]; che la parte più importante dell'attività sociale è svolta in favore del comune partecipante; e che sulla medesima società detto comune esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”.

⁷¹⁰ V. p. 10, ove è specificato che “la società ETM è stata costituita in data 23.05.2005 dal comune di Civitavecchia in qualità di socio unico e ad essa sono stati affidati, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c del T.U.E.L., e, quindi, in deroga ai principi comunitari in tema di concorrenza, il servizio di Trasporto Pubblico Locale, il servizio parcheggi, il servizio ausiliari di sosta ed altri servizi legati alla mobilità urbana ed extraurbana. Al riguardo occorre ricordare che la norma citata consente l'affidamento diretto solo in presenza di precisi requisiti dalla stessa puntualmente elencati e, specificatamente, che la società sia a capitale interamente pubblico e che “l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”. In sostanza, siffatta modalità di affidamento (integrante l'istituto comunitario di matrice giurisprudenziale dell'affidamento *in house*) riguarda e, presuppone, casi di assenza di alterità tra il soggetto affidante e il soggetto affidatario”.

⁷¹¹ V., ancora, p. 10.

⁷¹² V. p. 29.

appelli separati⁷¹³. Dopo averli riuniti⁷¹⁴, il giudice contabile d'appello ha cominciato l'esame dei motivi di doglianza dalle questioni preliminari e, quindi, dall'eccezione di difetto di giurisdizione della Corte dei conti; eccezione già rigettata in primo grado e formulata da tutti gli appellanti. L'eccezione è stata considerata fin da subito meritevole di accoglimento. Più nel dettaglio, la Corte dei conti, svolto un esaustivo esame dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia⁷¹⁵, ha ritenuto l'orientamento inaugurato da Cass. n. 26806/2009 del tutto condivisibile: “da un lato esiste un'organizzazione civilistica delle attività (d'impresa); dall'altro lato certi servizi – che se realizzati dal privato sul mercato danno luogo ad attività d'impresa – se organizzati e assunti dalla P.A. rientrano tra le attività di questa e seguono il particolare regime che l'ordinamento detta per le amministrazioni pubbliche; ma se una pubblica amministrazione decide e la legge glielo consente di svolgere alcune sue attività (normalmente servizi al pubblico), mediante la creazione di un soggetto *ad hoc*, scelto tra gli schemi civilistici, allora il nuovo soggetto, ancorché partecipato dall'ente pubblico, non potrà che seguire il proprio statuto (civilistico)”. “Se lo strumento viene utilizzato in maniera distorta sarà compito del legislatore (e non mancano certo gli interventi anche recentissimi, per limitare la costituzione e la partecipazione di amministrazioni pubbliche in società di diritto privato) provvedere contro le devianze; e il procuratore contabile potrà valutare e perseguire le responsabilità nascenti dalla (cattiva) gestione della partecipazione”⁷¹⁶. Chiariti i principi che regolano la materia, il giudice d'appello si è posto il problema delle società interamente partecipate, e sulle quali l'amministrazione controllante esercita il c.d. “controllo analogo”⁷¹⁷; problema rispetto al quale “soccorre la decisione della Corte di cassazione a Sezioni unite n. 20941 del 12 ottobre 2011, secondo cui, in

⁷¹³ In ogni caso, i motivi d'appello sono pressappoco gli stessi: carenza di giurisdizione della Corte dei conti; inammissibilità dell'atto di citazione per tardività; insussistenza degli elementi della responsabilità amministrativa (assenza di colpa grave, assenza del nesso di causalità, nonché errata individuazione del danno, etc.). Dal canto suo, la Procura generale si è costituita con memoria depositata il 25 agosto 2011 e, sottoposti a critica tutti i motivi d'appello, ha chiesto il rigetto degli appelli e la conferma della sentenza impugnata, con l'addebito delle spese della presente fase del giudizio.

⁷¹⁴ Corte conti, III sez. giur., 11 ottobre 2012, n. 631, in www.respamm.it, p. 4: “Gli appelli in epigrafe, in quanto proposti separatamente avverso la medesima sentenza, debbono essere riuniti *ex art. 335 c.p.c.*”.

⁷¹⁵ Da p. 4 a p. 12 della citata sentenza.

⁷¹⁶ V. p. 12.

⁷¹⁷ “[...] una sorta di controllo *quam in suis*, come se la società fosse un ramo, un ufficio della p.a.; fenomeno che si riscontra, in particolare, con le società partecipate dagli enti locali, come avviene nel caso in esame”: pp. 12-13.

tema di rapporti tra giurisdizione ordinaria e contabile, nella società di diritto privato a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla «*mala gestio*» dei suoi organi sociali non integra il danno erariale in quanto si risolve in un «*vulnus*» gravante in via diretta esclusivamente sul patrimonio della società stessa, soggetta alle regole di diritto privato e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci; l'azione di responsabilità per danno erariale, può, invece, configurarsi nei confronti di chi, essendone incaricato, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi⁷¹⁸.

Alla stregua di tali osservazioni, la sentenza appellata è stata annullata ed è stata dichiarata, in accoglimento degli appelli, la carenza di giurisdizione della Corte dei conti nel caso di specie e la giurisdizione del giudice ordinario⁷¹⁹.

In conclusione, il punto della pronuncia di primo grado concernente la qualificazione in termini di società *in house* di Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A., non è stato toccato: il giudice di secondo grado si è preoccupato del motivo d'appello, giustamente ritenuto assorbente, volto a far valere la carenza di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità degli organi di società a partecipazione pubblica. Come si dirà tra un istante, ciò ha permesso alle Sezioni Unite, nella sentenza n. 26283/2013, di agire con grande libertà di manovra.

Ad avviso di chi scrive, i giudici di legittimità, convinti da alcuni spunti contenuti nella pronuncia del giudice di primo grado (mancanza di alterità tra socio e società; sussistenza di un rapporto di servizio tra organi di quest'ultima e il primo;

⁷¹⁸ Così, p. 13. Nella fattispecie oggetto di attenzione in Cass., S.U., 12 ottobre 2011, n. 20941, in www.respamm.it, è stata dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla responsabilità dell'amministratore delegato di una società partecipata interamente da una Regione per la stipula di un contratto di consulenza con il proprio predecessore. Come osserva la stessa Corte dei conti, tale sentenza è coeva a Cass., S.U., 12 ottobre 2011, n. 20940, in www.respamm.it, "che, con riferimento alla Croce Rossa e a società da essa totalitariamente partecipata, giunge ad affermare, al contrario, la giurisdizione della Corte dei conti, ma proprio sul presupposto che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti in ordine all'azione risarcitoria proposta nei confronti del rappresentante di un ente pubblico non economico (nella specie Croce Rossa Italiana), titolare di una partecipazione totalitaria in una società di capitali, che abbia esercitato, in nome e per conto dell'ente, i diritti e le facoltà inerenti alla posizione di socio, in modo non conforme al dovere di diligente cura del valore di tale partecipazione, così causando un pregiudizio diretto al patrimonio dell'ente".

⁷¹⁹ Così recita il dispositivo della sentenza del giudice contabile, p. 14: "La Corte dei conti Sezione Terza Giurisdizionale Centrale d'Appello definitivamente pronunziando, ogni contraria istanza ed eccezione reiette, riuniti gli appelli avverso la sentenza n. 989/2010 della Sezione giurisdizionale di questa Corte per la Regione Lazio, per l'effetto la annulla e dichiara che la Corte dei conti è carente di giurisdizione e afferma la giurisdizione del giudice ordinario".

quindi, sussistenza della giurisdizione contabile), ma allo stesso tempo coscienti del fatto che il modello organizzativo dell'*in house providing* non potesse come tale sfuggire ai principi sanciti nel 2009, hanno costruito una nuova figura di *in house*, funzionale allo scopo avuto di mira (*i.e.* fondare la giurisdizione della Corte dei conti)⁷²⁰. Nel fare questo, la circostanza per cui agli accertamenti del giudice di primo non siano state mosse contestazioni, ha certamente aiutato⁷²¹: non essendo in discussione la qualificazione di Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. come società *in house*, la Cassazione ha potuto dar fondo alla propria immaginazione, non dovendo preoccuparsi della corrispondenza tra quanto affermato – soprattutto in tema di “controllo analogo” – e la realtà.

L'esame di questo caso concreto – che per giunta è quello dal quale è originato il regolamento di giurisdizione deciso dalle Sezioni Unite – è una conferma di quanto detto nel precedente paragrafo 5.1. In Cass. n. 26283/2013 si discorre di un *in house providing* “*hard*”, privo di riscontri nella realtà: ciò fa dello “squarcio del velo” della

⁷²⁰ Scopo che – si ripete – di per sé non è da biasimare, ma nasce da una preoccupazione sana e legittima. Cfr., sul punto, A. VETRO, *Evoluzione della problematica sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società partecipate dagli enti pubblici, con particolare riguardo a quelle c.d. in house*, in www.respamm.it, 29 gennaio 2014, che osserva: “la problematica in esame, tutto sommato, non avrebbe un particolare rilievo se la posta in gioco si limitasse alla mera individuazione del giudice cui attribuire la giurisdizione nei confronti di amministratori e dipendenti di società partecipate, in maggioranza o totalmente, da enti pubblici per il conseguimento di finalità pubbliche. La questione, invece, assume tutt'altra consistenza se si pone mente alla circostanza che l'impropria mescolanza delle norme, di natura pubblicistica e privatistica, fondate su principi quanto mai diversi, sia stata non di rado utilizzata come «grimaldello» per la consumazione di gravi abusi, di cui sono piene le cronache giudiziarie, effettuati da soggetti prescelti dai pubblici amministratori per le cariche di amministratori, controllori e dipendenti delle s.p.a. partecipate. Ora, sembra peccare di una certa ingenuità la pretesa che soggetti appartenenti alla stessa «cordata» si attivino in sede giudiziaria civile, gli uni contro gli altri, per il risarcimento di danni erariali spesso di rilevante ammontare”; secondo l'A., “risulta pertanto assolutamente indispensabile, per una efficace tutela del pubblico erario, specie in un periodo nel quale si comprimono per motivi di bilancio insopprimibili esigenze di carattere sociale nei confronti dei soggetti più bisognosi, che venga mantenuta integra la competenza del pubblico ministero contabile, caratterizzata dai fondamentali canoni, di rilievo costituzionale, dell'indipendenza e della autonomia, ad intraprendere l'azione di responsabilità amministrativo-contabile in materia. In caso contrario, non rimane che prendere atto di una situazione caratterizzata dalla sostanziale impunità dei responsabili di atti di *mala gestio* nell'ambito delle società partecipate, riproducendosi la stessa situazione di impunità dei responsabili degli enti pubblici economici che si è verificata per tutto il lunghissimo periodo di tempo durante il quale la Cassazione ha negato la giurisdizione del giudice contabile a favore del giudice ordinario, con la conseguenza che non risulta sia stata mai effettuata un'azione civile nei loro confronti”.

⁷²¹ Cfr., ancora una volta, le prime battute di Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.: “a tale accertamenti [quelli del giudice di primo grado, *ndr*] non risulta siano state mosse contestazioni specifiche negli atti di gravame proposti dagli interessati contro la sentenza di primo grado, né il giudice d'appello li ha rimessi in discussione, in punto di fatto, sicché (pur non risultando possibile in questa sede l'esame diretto dello statuto della società ETM, non prodotto negli atti del giudizio di cassazione) si può tenere senz'altro per fermo che la società di cui si discute presenta le caratteristiche sopra riferite”.

personalità giuridica un'ipotesi assai remota, consentendo così di evitare i pericoli legati ad un'eventuale esenzione (per le società *in house providing* “soft”) dal fallimento, non accompagnata dalla previsione di una soluzione alternativa valida.

6. Un banco di prova.

6.1. Le ripercussioni sul socio pubblico provocate dallo “squarcio del velo” della personalità giuridica.

Un approccio come il nostro, che conduce al “disinnesco” (è questa l'espressione che abbiamo utilizzato nel paragrafo 5.1.) del meccanismo architettato dalle Sezioni Unite, pare ancor più convincente se si realizza un piccolo “esperimento”.

Immaginiamo per un momento che tutte le società *in house* – e non solo quelle c.d. “hard” – siano passibili di uno “squarcio del velo” della personalità giuridica; immaginiamo, cioè, di recepire le parole delle Sezioni Unite senza porci il problema di una loro corrispondenza con la realtà, considerando il modello descritto in astratto dai giudici di legittimità come l'unico realmente esistente. Ogni società *in house* ha esattamente (ed esclusivamente) i caratteri delineati da Cass. n. 26283/2013: questo è il nostro postulato.

Ebbene, una volta eliminata la s.r.l. o la s.p.a. di turno, chi o cosa residua?

Nelle battute finali della sentenza in commento si legge che, “se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo”, “il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità”.

In realtà, pare da escludere l'ipotesi che considera la società *in house* come patrimonio separato dell'ente pubblico. L'art. 2740 c.c., dopo la nota statuizione del primo comma (“Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”), afferma che “Le limitazioni della responsabilità non sono

ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge⁷²²: la possibilità convenzionale di creare patrimoni separati è dunque preclusa tanto all'autonomia privata, quanto al diritto pretorio⁷²³. Pertanto, “non si può ipotizzare, in assenza di norma espressa, che la società *in house* sia un patrimonio separato sprovvisto di autonoma personalità e di alterità soggettiva rispetto al socio”⁷²⁴.

Esclusa in partenza l'ipotesi di un patrimonio separato, per rispondere alla domanda posta a inizio paragrafo occorre considerare quanto segue in tema di iscrizione nel registro delle imprese.

L'iscrizione prevista dall'art. 2330 c.c. fa acquistare alla società – s.p.a. o s.r.l.⁷²⁵ – la personalità giuridica, come sancito dall'art. 2331, co. 1 c.c. Affermare che una società di capitali regolarmente iscritta nel registro delle imprese è priva di personalità giuridica, comporta – oltre ad un contrasto con il volere del legislatore (fatto, questo, di per sé già molto grave) – uno svuotamento di efficacia dell'iscrizione medesima, che diventa inutile. Si potrebbe addirittura considerare come mai avvenuta, e ragionare in termini di applicazione analogica del secondo comma dell'art. 2331 c.c., la cui *ratio*

⁷²² La norma dell'art. 2740 c.c. è considerata di ordine pubblico dalla prevalente dottrina: v., *ex multis*, G. TUCCI, *Privilegi. 1) Diritto civile*, voce in *Enc. giur. Treccani*, 1991, XXIV, p. 39 e ss.; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 1958, II, p. 154 e ss. La giurisprudenza ha poi affermato che la violazione della disposizione comporta la nullità dell'atto negoziale: v. Trib. Genova, 27 gennaio 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 836 e ss.

⁷²³ Cfr. F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 41 e ss., il quale, dopo analizzato origine e sviluppo del sistema di cui all'art. 2740 c.c., afferma: “la scappatoia che certi collegamenti di beni i quali per la loro destinazione diventano, in misura e in maniera molto varie, termini indipendenti di rapporti giuridici potendo dar luogo ad una sorta di soggettivizzazione dei patrimoni, appare confusoria sul piano sistematico ed in particolare sul piano dell'imputazione giuridica”. La critica è rivolta proprio alle Sezioni Unite, ree di aver “coniato in via giurisprudenziale e senza una previsione normativa una sorta di patrimonio separato, destinato ad uno specifico affare (la gestione di un servizio pubblico), a guisa della fenomenologia contemplata dall'art. 2447-bis e ss., cc.”. Non solo. “La Cassazione evoca, con il risultato raggiunto, l'unica norma dell'ordinamento italiano che prevede una forma di squarcio, l'art. 2447-quinquies, comma 3, seconda parte”: norma che rappresenta, secondo l'Autore, l'eccezione che conferma la regola.

⁷²⁴ “[*segue*] Sarebbe peraltro operazione ripetibile nei confronti di qualsiasi soggetto che faccia un uso meramente strumentale del veicolo societario”: così, ancora una volta, F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 46. Egli, “pur condividendo l'obiettivo della Cassazione di consentire alla Corte dei conti di agire per la *mala gestio* delle società veicolo *in house*”, evidenzia che “ciò deve e può passare attraverso le regole e l'ordinamento del diritto società, oppure attraverso una norma di legge che preveda la fattispecie concreta”. “E di tenga conto – aggiunge l'Autore – che il legislatore si è mosso nella direzione esattamente opposta”, ad esempio con il già citato art. 4, co. 13 del d.l. 95 del 2012.

⁷²⁵ Le disposizioni in parola (artt. 2330 e 2331 c.c.), pur essendo dettate in riferimento alla s.p.a. (ed essendo quindi contenute nel capo V del titolo V del libro *Del lavoro*), sono applicabile anche alla s.r.l. in virtù del richiamo di cui all'art. 2463, co. 3 c.c.: “Si applicano alla società a responsabilità limitata le disposizioni degli artt. 2329, 2330, 2331, 2332 e 2341”.

consiste nella tutela dell'affidamento dei terzi⁷²⁶: “Per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito. Sono altresì solidalmente e illimitatamente responsabili il socio unico fondatore e quelli tra i soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione”⁷²⁷. Il Comune socio unico – come nel caso di Etruria Trasporti e Mobilità S.p.A. – non potrebbe in alcun modo andare esente da responsabilità⁷²⁸, anche qualora si volesse sostenere la tesi dell'esistenza di un soggetto giuridico distinto dal socio, pur in assenza di iscrizione⁷²⁹: tolta la personalità giuridica, il socio – presto o

⁷²⁶ Coloro i quali contraggono obbligazioni in nome di una costituenda società di capitali assumono, in forza dell'art. 2331, comma 2, c.c., una responsabilità personale e diretta, la quale permane, salvo patto contrario, anche quando la società abbia conseguita la personalità giuridica e ratificato le operazioni compiute anteriormente in suo nome; la dizione legislativa di cui all'articolo citato, infatti, non sorregge in alcun modo l'affermazione della temporaneità della responsabilità di cui si tratta, mentre detta disposizione mira a tutelare l'affidamento dei terzi, i quali, non essendo in grado di conoscere la consistenza patrimoniale della persona giuridica prima della pubblicazione del suo atto costitutivo, non possono che aver negoziato sulla fiducia della solvibilità di coloro che hanno agito per la costituenda società: così, Cass., 26 luglio 2012, n. 13287; Cass., 12 novembre 2004, n. 21520; Cass., 6 settembre 1996, n. 8127, tutte in www.dejure.it.

⁷²⁷ Sulla portata di tale disposizione (il secondo periodo del co. 2 è stato inserito con la riforma del 2003), v. A. PAVONE LA ROSA-G. NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni, in Tipo, costituzione nullità*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, 2004, X, p. 442 e ss., ove è affrontato il problema dell'imputazione dell'attività d'impresa svolta nel corso del procedimento costitutivo della società.

⁷²⁸ La prospettiva, infatti, è quella che afferma una responsabilità non tanto di chi formalmente ha agito, quanto di chi ha assunto la decisione di agire ed avviare, prima della definitiva conclusione del procedimento costitutivo, l'attività sociale; è logico perciò che, nel caso di costituzione della società ad opera di una sola persona, tale decisione possa essere riferita all'unico fondatore qualunque sia la posizione da essa formalmente assunta, mentre, nel caso di una pluralità di soci, sia necessario in concreto accertare se e quali di essi tale decisione di agire prima dell'iscrizione nel registro delle imprese hanno effettivamente assunto. Ovviamente, per potersi invocare la responsabilità in questione, occorre che le operazioni compiute prima dell'iscrizione della società nel registro siano state poste in essere in nome della costituenda società, onde la norma non può trovare applicazione in caso di operazioni realizzate senza alcun riferimento a detta società: così, Cass., 15 giugno 1999, n. 5915, in *Dir. fall.*, 2000, p. 735 e ss.

⁷²⁹ Si tratta di uno dei temi più dibattuti del diritto commerciale, come ricorda P.D. BELTRAMI, *La società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, op. cit., I, p. 355: “la questione della configurabilità di un centro di imputazione di diritti e doveri nel periodo intercorrente tra la stipulazione del contratto di società di capitali e la sua iscrizione nel registro delle imprese ha occupato le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza sin dalla entrata in vigore del codice”. In estrema sintesi, a fronteggiarsi erano, da un lato, coloro che sostenevano la compatibilità con il dettato codicistico di una c.d. “società per azioni irregolare” (v. G. OPPO, *Contratti parasociali*, 1942, p. 24 e ss.; ID., *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 118 e ss.; ID., *Diritto delle società e attuazione della 2° direttiva CEE. Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 568 e ss.) piuttosto che di una società per azioni “preliminare” o “in formazione” o *Vorgesellschaft* (v. G.B. PORTALE, *Conferimenti in natura ed effettività del capitale della “società per azioni in formazione”*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 1 e ss.); dall'altro, coloro che sostenevano l'inesistenza di un fenomeno societario (di qualunque tipo) anteriormente alla registrazione dell'atto costitutivo (v., *ex multis*, C. ANGELICI, *La società nulla*, 1975, p. 151 e ss.; ID., *Società prima dell'iscrizione e responsabilità di “coloro che hanno agito”*, 1998,

tardi – deve rispondere. E deve rispondere proprio perché la società non ha mai acquisito la personalità giuridica, “vale a dire, quella perfetta soggettività giuridica che la rende in grado di porsi quale ente distinto dai soci che ne fanno parte e, di conseguenza, quale autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici”⁷³⁰.

In definitiva, “squarciato il velo” della personalità giuridica e negata l’esistenza di un rapporto di alterità tra ente pubblico partecipante e società *in house* che a esso fa capo, non resta che il primo; questi non può certo sottrarsi ai creditori della società *in house*, sostenendo che la stessa rappresenti una strana figura di patrimonio separato o una società “irregolare”, dai contorni non meglio precisati⁷³¹. Il socio, in sostanza, non

p. 105 e ss.), tutt'al più riconoscendo al contratto la capacità di produrre effetti “preliminari” o “prodromici” (v. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 2001, p. 363 e ss.). Dal canto suo, la giurisprudenza era in prevalenza orientata a negare la configurabilità di una società di capitali “irregolare”, prima dell’iscrizione della società medesima nel registro delle imprese: v., *ex multis*, Cass., 22 settembre 1999, n. 10263, in *Soc.*, 1999, p. 1456 e ss.

Come osservato dallo stesso Beltrami, stavolta in ID., *Commento all’art. 2331*, in *Costituzione-Conferimenti*, a cura di M. NOTARI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, 2008, p. 184, le cose non sono cambiate con l’avvento della riforma: “se la determinazione del momento in cui una società viene ad esistenza era uno dei problemi maggiormente dibattuti in dottrina, non è certo nel comma 1 del nuovo art. 2331 che si può trovare la soluzione. La formulazione della norma, invero, è rimasta inalterata rispetto al previgente testo, con la conseguenza che, quantomeno con riferimento a questa disposizione, dovrebbero continuare a trovare terreno fertile le varie teorie che la dottrina ha da tempo proposto al fine di stabilire il momento della nascita della società per azioni”. Secondo l’Autore, dunque, “sulla base del solo – inalterato – comma 1 dell’art. 2331 [...] sembra più condivisibile la posizione di quei (pochi) autori che hanno preferito di parlare di questione ancora aperta” (p. 195). In effetti, scrutando il panorama dottrinale, c’è sia chi continua a sostenere la tesi della s.p.a. irregolare o in formazione (v., ancora una volta, G.B. PORTALE, *Le nuove norme sui conferimenti in natura nella s.p.a.: dal “ravvicinamento” alla “disarmonizzazione” dei diritti nazionali*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 11 e ss.; forse anche G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 409), sia chi continua a sostenere la tesi dell’inammissibilità di società di capitali irregolari (v. A. PAVONE LA ROSA, *Comunione di azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 147 e ss., il quale era di questo stesso avviso già prima della riforma: ID., *Il registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, 2001, Vol. I, Tomo IV, p. 158 e ss.).

⁷³⁰ Così, S. D’AGOSTINO, *Passato e presente dell’atto ultra vires nel sistema di gestione delle società per azioni non quotate: la vendita dell’unico immobile strumentale all’attività sociale*, in *Riv. not.*, 2005, p. 1291 e ss. Sul concetto di centro giuridico (autonomo ed indipendente) di imputazione di rapporti, v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, 1989, p. 84 e ss. Sulla personalità giuridica delle società di capitali v., sia per considerazioni di carattere generale sia per approfondimenti, F. FERRARA jr-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 1987, p. 188, nota 1.

⁷³¹ Talvolta si è addirittura ritenuta presente, anziché una società per azioni irregolare, una “società in nome collettivo irregolare” (App. Firenze, 28 giugno 1962, in *Giur. it.*, I, 2, c. 94; G. FRE’-G. SBISA’, *Delle società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, I, 1997, p. 103 e ss.). “Ma l’assunto si imbatte nella non superabile obiezione che le parti hanno voluto una società per azioni, enon una società in nome collettivo”: così, F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone. Le società di capitali. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto dallo stesso A., 2010, IV, p. 242, nota 37. Critico verso questa tesi anche G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, 2005, p. 28, per il quale gli atti d’impresa sono posti in essere in nome di una costituenda società per azioni e non di una società di persone; né l’esistenza di una s.n.c. irregolare tra tutti i soci della costituenda s.p.a. potrebbe essere desunta dal semplice fatto della mancata iscrizione della società. Oltretutto, se l’obiettivo avuto di mira dal socio è quello di non dover rispondere

può invocare – attraverso alcun fantasioso *escamotage* – quella perfetta autonomia patrimoniale che caratterizza le società di capitali e che dipende dall’acquisizione, tramite l’iscrizione nel registro delle imprese, della personalità giuridica⁷³²: se quest’ultima manca, gli artt. 2325 e 2462 c.c. sono fuorigioco⁷³³.

Chiarito che per il socio non esistono scappatoie, proviamo a immaginare le possibili conseguenze nel caso in cui a partecipare al capitale sociale sia un Comune.

In base all’art. 193, co. 1 T.U.E.L., quest’ultimo è tenuto a salvaguardare gli equilibri di bilancio⁷³⁴. A tal fine, il successivo co. 2 stabilisce che l’organo consiliare – con periodicità stabilita dal regolamento di contabilità dell’ente, e comunque almeno una volta l’anno – provvede con delibera ad effettuare la ricognizione sullo stato di attuazione dei programmi. In questa sede, “l’organo consiliare dà atto del permanere degli equilibri generali di bilancio o, in caso di accertamento negativo, adotta contestualmente i provvedimenti necessari per il ripiano degli eventuali debiti di cui all’articolo 194”⁷³⁵. Infatti, l’art. 194, co. 1 T.U.E.L. prevede che “Con deliberazione consiliare di cui all’articolo 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da: a) sentenze esecutive; b) copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto,

dei debiti contratti dalla società, la scelta che ricade sulla s.n.c. non è certo delle migliori, stante quanto stabilito dall’art. 2291 c.c., ai sensi del “Nella società in nome collettivo tutti i soci rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali”; l’autonomia patrimoniale è, dunque, evidentemente attenuata rispetto alle società di capitali.

⁷³² La personalità giuridica acquistata dalla società di capitali con l’iscrizione di cui all’art. 2330 c.c. e la perfetta autonomia patrimoniale che vi inerisce, comportano l’esclusiva imputabilità alla società degli atti compiuti e dell’attività svolta in suo nome e delle relative conseguenze patrimoniali passive, con la conseguenza che – al di fuori del caso tassativamente previsto dall’art. 2362 c.c. – la violazione delle regole del diritto societario che si sia tradotta in danno per la società, o per i creditori o per i soci o per i terzi, ha come unica sanzione la responsabilità civile degli amministratori ed eventualmente anche dei sindaci, ma non comporta la possibilità che la titolarità della relativa impresa della società possa attribuirsi o propagarsi ai soci che, dietro lo schermo della società svolgono, come propria e personale, l’attività formalmente imputabile alla prima: così, Cass., 19 novembre 1981, n. 6151, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2897 e ss. Alla luce di tali considerazioni, ancora più inadatto rispetto all’*escamotage* della s.p.a. irregolare sarebbe quello, ad esempio, della “società in nome collettivo irregolare”

⁷³³ Si tratta degli articoli in cui è stabilito – rispettivamente, per s.p.a. e s.r.l. – che per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio.

⁷³⁴ Art. 193, co. 1 T.U.E.L.: “Gli enti locali rispettano durante la gestione e nelle variazioni di bilancio il pareggio finanziario e tutti gli equilibri stabiliti in bilancio per la copertura delle spese correnti e per il finanziamento degli investimenti, secondo le norme contabili recate nel presente testo unico”.

⁷³⁵ “[*segue*] per il ripiano dell’eventuale disavanzo di amministrazione risultante dal rendiconto approvato e, qualora i dati della gestione finanziaria facciano prevedere un disavanzo, di amministrazione o di gestione, per squilibrio della gestione di competenza ovvero della gestione dei residui, adotta le misure necessarie a ripristinare il pareggio”: così, sempre il co. 2 dell’art. 193 T.U.E.L.

convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'art. 114 ed il disavanzo derivi da fatti gestione; *c*) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali; *d*) procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità; *e*) acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza". Insomma, il Comune deve farsi carico di qualsiasi debito pur se impreveduto, ricorrendo ai mezzi indicati dall'art. 193, co. 3: "tutte le entrate e disponibilità, ad eccezione di quelle provenienti dall'assunzione di prestiti e di quelli aventi specifica destinazione per legge"; "i proventi derivanti da alienazione di beni patrimoniali disponibili, con riferimento a squilibri di parte capitale"; infine, "l'ente può modificare le tariffe e le aliquote relative ai tributi di propria competenza". Se per il finanziamento delle spese non possa provvedersi attraverso una delle suddette vie, l'art. 194, co. 3 riconosce all'ente la possibilità di "far ricorso a mutui ai sensi degli articoli 202 e seguenti".

In casi per così dire normali, se il Comune è florido dal punto di vista economico-finanziario, potrebbero non esserci problemi nel compiere simili operazioni.

Tuttavia, anche il Comune più in salute potrebbe incontrare delle serie difficoltà nel momento in cui i creditori della società *in house* della quale è socio – oberata di debiti ma non fallibile, giacché non si tratta di una vera società – si rivolgessero ad esso in modo sistematico e continuativo, per ottenere il pagamento dei propri crediti. Con ogni probabilità, il passo dalla fisiologia (il Comune è in grado di far fronte alle proprie obbligazioni con strumenti di "ordinaria amministrazione") alla patologia (il Comune non è in grado di far fronte alle proprie obbligazioni con strumenti di "ordinaria amministrazione", sicché sono richiesti interventi più radicali) sarebbe molto breve.

Se il Comune non riesce a far quadrare i conti tramite i meccanismi di cui ai citati artt. 193 e 194, il *deficit* diviene strutturale⁷³⁶. In casi del genere, la legge prevede

⁷³⁶ Cfr. art. 242, co. 1 T.U.E.L., ai sensi del quale "Sono da considerarsi in condizioni strutturalmente deficitarie gli enti locali che presentano gravi ed incontrovertibili condizioni di squilibrio, rilevabili da un'apposita tabella, da allegare al rendiconto della gestione, contenete parametri obiettivi dei quali almeno la metà presentino valori deficitari. Il rendiconto della gestione è quello relativo al penultimo esercizio precedente quello di riferimento".

un'apposita procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, disciplinata dagli artt. 243-*bis* e ss. del T.U.E.L.⁷³⁷. Non solo: il Comune potrebbe trovarsi – immediatamente, oppure dopo una prima fase di *deficit* strutturale – in condizioni di vero e proprio dissesto finanziario, cioè in una situazione in cui “l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte con le modalità di cui all'articolo 193, nonché con le modalità di cui all'articolo 194 per le fattispecie ivi previste” (art. 244, co. 1 T.U.E.L.)⁷³⁸. È prevista, in tal caso, un'altra procedura, diretta: *i*) alla nomina di un organo straordinario di amministrazione, che si affianca e non si sostituisce, se non per alcune competenze, agli organi ordinari dell'ente; *ii*) all'accertamento della massa passiva e al soddisfacimento dei crediti per il tramite delle risorse proprie dell'ente oltre che di un apposito mutuo con la Cassa Depositi e Prestiti, i cui oneri finanziari sono a carico dello Stato⁷³⁹.

In entrambi i casi – procedura di riequilibrio finanziario pluriennale e procedura di dissesto finanziario – si tratta di strumenti dalle ripercussioni molto “pesanti” per l'ente (e di conseguenza per la comunità della quale esso è espressione); strumenti che

⁷³⁷ In particolare, l'art. 243-*bis*, co. 1 T.U.E.L. prevede che “I comuni e le province per i quali, anche in considerazione delle pronunce delle competenti sezioni regionali della Corte dei conti sui bilanci degli enti, sussistano squilibri strutturali del bilancio in grado di provocare il dissesto finanziario, nel caso in cui le misure di cui agli articoli 193 e 194 non siano sufficienti a superare le condizioni di squilibrio rilevate, possono ricorrere, con deliberazione consiliare alla procedura di riequilibrio finanziario prevista dal presente articolo”..

⁷³⁸ Osserva L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 3, che “la prima parte della norma dà una definizione d'insolvenza diversa da quella prevista dall'art. 5 l. fall., che corrisponde all'impossibilità di garantire le funzioni ed i servizi indispensabili, presumibilmente, ma la norma non lo dice, in ragione della situazione d'impotenza finanziaria. La seconda parte della definizione invece ricade nei limiti tradizionali. Il rinvio agli artt. 193 e 194 T.U.E.L. si spiega con il fatto che le due norme prevedono l'obbligo dell'ente di provvedere annualmente alla verifica dell'equilibrio generale di bilancio e, in caso negativo, di adottare i provvedimenti necessari per il ripiano dei debiti fuori bilancio e del disavanzo di amministrazione risultante dal rendiconto approvato o dello squilibrio della gestione di competenza”.

⁷³⁹ Si tratta della procedura ordinaria, regolata dagli artt. 252, 253, 254, 255, 256 e 257 del T.U.E.L., in base alla quale l'organo della liquidazione, dopo aver provveduto alla rilevazione dei debiti pregressi su richiesta dei creditori, predispose un piano di rilevazione che a seguito del deposito presso il Ministero dell'Interno permette di acquisire alla massa attiva della liquidazione il mutuo finanziato dallo Stato. A seguito di tale adempimento, l'organo della liquidazione provvede all'erogazione di acconti in misura proporzionale uguale per tutte le passività inserite nel piano di rilevazione. Oltre a questo tipo di procedura, ne esiste un'altra, regolata all'art. 258 T.U.E.L., che prevede modalità semplificate di accertamento e liquidazione dei debiti.

Non si tratta, in ogni caso, di novità assolute: l'istituto del dissesto finanziario è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano con l'art. 25, d.l. 3 marzo 1989, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 1989, n. 144.

poi, allo stesso tempo, non assicurano una tutela piena ai terzi creditori dell'ente medesimo⁷⁴⁰.

6.2. Ragioni per le quali conviene non procedere a uno “squarcio del velo” della personalità giuridica.

Quanto detto finora non fa che confermare la bontà del nostro approccio, volto a “disinnescare” il meccanismo architettato da Cass. n. 26283/2013.

Nello specifico, due sono le ragioni che si oppongono a una riqualificazione soggettiva delle società *in house* come (parti di) enti pubblici, realizzata tramite lo “squarcio del velo” della personalità giuridica.

⁷⁴⁰ Per quanto riguarda gli interessi dei terzi, si noti innanzitutto che in entrambi i casi non è previsto l'intervento del giudice. Neppure è prevista l'apertura di una vera e propria procedura d'insolvenza, ma – con riferimento al riequilibrio finanziario pluriennale – una sospensione delle procedure esecutive pendenti (art. 243-*bis*, co. 4). Con riferimento al dissesto finanziario, invece, è preclusa ogni possibilità di intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti dell'ente per i debiti che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione, mentre le procedure esecutive pendenti (nelle quali sono scaduti i termini per l'opposizione giudiziale da parte dell'ente, o la stessa benché proposta è stata rigettata) sono dichiarate estinte d'ufficio dal giudice con inserimento nella massa passiva (art. 248, co. 2); addirittura, i pignoramenti eventualmente eseguiti dopo la deliberazione dello stato di dissesto non vincolano l'ente, che può comunque disporre delle somme per i propri fini o per le finalità di legge (art. 248, co. 3). Va poi sottolineato che la dichiarazione di dissesto finanziario è di competenza del consiglio dell'ente locale e che, in difetto, essa è adottata da un commissario *ad acta* nominato dall'organo regionale di controllo (artt. 246-247). Per la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, invece, la competenza a deliberare appartiene in via esclusiva all'organo consiliare dell'ente (art. 243-*bis*, co. 1). In entrambi i casi, i terzi non giocano ruolo alcuno: essi sono privi di ogni potere d'impulso. Come osserva L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 4, “nel caso degli enti locali la procedura d'insolvenza deve tener conto delle prerogative sovrane di tali enti su cui non può incidere. Di qui la necessità di una procedura speciale, alternativa all'insolvenza”.

Per l'ente locale, le cose non vanno molto meglio. Innanzitutto, sia l'ente strutturalmente deficitario sia quello dissestato sono sottoposti ai penetranti controlli (centrali) previsti dall'art. 243. Per quanto riguarda poi le singole procedure, quella di riequilibrio finanziario pluriennale comporta la delibera – da parte dell'ente – di un piano di riequilibrio che può durare fino a dieci anni; periodo nel quale l'ente soggiace a stringenti obblighi (art. 243-*bis*, co. 8, lett. *b* e ss.), che possono spingerlo a mettere le mani nelle tasche dei cittadini, atteso che l'art. 243-*bis*, co. 8, lett. *a* gli consente di deliberare le aliquote o tariffe dei tributi locali nella misura massima consentita, anche in deroga ad eventuali limitazioni disposte dalla legislazione vigente. Passando alla procedura di dissesto, la durata massima è più contenuta (cinque anni da quello per il quale viene redatta l'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato: art. 265, co. 1), ma il vero aspetto negativo – oltre a quello, previsto anche qui, dell'innalzamento delle tasse al fine di reperire risorse (attivazione delle entrate proprie: art. 251) – è rappresentato dal fatto che il contributo dello Stato per il pagamento dell'indebitamento pregresso è quantificato in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato, e, sempre in rapporto a tale popolazione, è fissato un importo massimo accordabile: qualora l'importo del mutuo accordabile, sommato al gettito ritraibile dall'alienazione dei beni dell'ente, non sia sufficiente al pagamento dei debiti pregressi, è prevista la liquidazione percentuale dei debiti, e la parte dei debiti non soddisfatta torna, al termine della procedura, a gravare sull'ente locale tornato *in bonis*, con il rischio di provocare ulteriore squilibrio di gestione (cfr. L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 4).

La prima è nota: si tratta di non deludere l'affidamento dei terzi e di non falsare il gioco della concorrenza e del mercato, in ossequio a quanto stabilito da Cass. n. 22209/2013. In particolare, chi decide di intessere relazioni commerciali con una società *in house*, sicuramente mette in conto di poter utilizzare, ove ce ne fosse bisogno, il fallimento, anche soltanto come “minaccia” per ottenere un adempimento⁷⁴¹. Non va peraltro scordato che le speciali procedure contenute nel Titolo VIII del T.U.E.L. non possono essere attivate da soggetti diversi dall'organo consiliare dell'ente locale (o, in caso di dissesto, dal commissario *ad acta* di cui all'art. 247, co. 3, nominato dall'organo regionale di controllo): uscito di scena il fallimento, ed escluso – in assenza di una specifica disposizione legislativa – un ricorso alla liquidazione coatta amministrativa, i creditori vedrebbero il proprio destino riposto in mano altrui.

La seconda ragione, emersa nel corso di queste ultimissime pagine, può essere espressa tramite le parole conclusive del recente studio di Francesco Fimmano, più volte citato nel corso della presente trattazione⁷⁴²: “affermare che la mancanza di alterità soggettiva genera ai fini fallimentari l'esonazione, equivale a dire che la società coincide con l'ente pubblico, ed il passaggio successivo naturale è che la responsabilità

⁷⁴¹ Chi ha esperienza in attività di recupero crediti, sa che la minaccia rappresentata dalla proposizione di un'istanza di fallimento è una delle più efficaci per convincere il debitore a pagare. Cfr. N. RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, op. cit., pp. 190-191, il quale, analizzando gli obiettivi *ex ante* della procedura fallimentare (ossia i “riflessi della normativa fallimentare sui comportamenti precedenti all'accertamento dello stato d'insolvenza”), afferma che “l'intero apparato del diritto penale fallimentare (solo episodicamente toccato dalle recenti riforme), unitamente ai residui effetti afflittivi del fallimento (patrimoniali, ma anche reputazionali), disincentiva gli inadempimenti «capricciosi» e in generale stimola maggior efficienza nei pagamenti e nelle consegne, quando ve ne siano i mezzi. In effetti – benché in minor misura che sotto il vecchio regime, a causa della facilità di accesso ai vari istituti che possono evitarla – il timore di una pronuncia di fallimento e di essere colpito dalle sanzioni penali che in essa trovano il presupposto, si riflette sulla ordinaria contrattazione svolta da un imprenditore solvibile, rappresentando una significativa remora contro gli inadempimenti e i ritardi «inutili» (oltre che contro le gestioni avventate e dolose), a vantaggio di ogni genere di creditore”; si assiste così alla “costituzione *a priori* di una seria remora contro gli inadempimenti e i ritardi «inutili» e avverso le gestioni avventate e dolose, e poi la tutela rafforzata nella procedura dei creditori, in specie di quelli pecuniari, concorrono a incentivare la concessione di credito (in senso lato) alle imprese commerciali – con ciò evidentemente incidendo anche sui costi correlativi – nell'interesse del sistema economico e quindi della collettività”. L'A. non è il solo a porre l'accento sulle finalità di tutela di interessi collettivi: rimarca ad es. che la sussistenza di una rigorosa procedura fallimentare realizza gli interessi della collettività, consentendo di “liberare risorse male impiegate per destinarle a impieghi più produttivi, di eliminare imprenditori incompetenti e sostituirne altri più affidabili, oltretutto di tutelare il credito commerciale”, G. LO CASCIO, *Risanamento dell'impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa del sistema concorsuale*, in *Fall.*, 2000, pag. 42.

⁷⁴² Il riferimento è a F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 57.

delle obbligazioni sociali è dell'ente pubblico. Conclusione clamorosa e devastante per la finanza pubblica (ed in particolare per i bilanci degli enti locali) è inevitabilmente quella che i creditori sociali della società *in house* divengono tutti creditori dell'ente pubblico, verso cui possono agire in via diretta. Ogni ulteriore commento sarebbe evidentemente superfluo. L'orientamento della Suprema Corte [quello espresso in Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, *ndr*], frutto di un intento diretto a salvaguardare l'erario dalla diffusa *mala gestio* degli organi sociali di società di capitali strumentali, raggiunge 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*⁷⁴³.

In definitiva, lo “squarcio del velo” della personalità giuridica della società, unito all'esonazione da fallimento *ex art. 1 l. fall.* che ne deriva, non solo disattende le aspettative dei terzi, ma – siccome qualcuno deve pur farsi carico dei debiti contratti

⁷⁴³ In senso analogo, C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, op. cit., p. 651, secondo cui “non può ammettersi che le esigenze di tutela della finanza pubblica siano perseguite a scapito dei diritti dei soci privati e dei creditori sociali, cosa che fra l'altro farebbe sorgere fortissimi dubbi circa la legittimità e la «tenuta» di un tale assetto sul piano del diritto costituzionale e sul piano del diritto comunitario”.

In tema di contabilità pubblica, fondamentali sono gli artt. 81 e 97 della Costituzione, entrambi modificati di recente (per l'esattezza, con gli artt. 1 e 2 della l. cost. 20 aprile 2012, n. 1; in base all'art. 6, l. cost. cit., tali disposizioni “si applicano a decorrere dall'esercizio finanziario relativo all'anno 2014”).

Il primo – espressione, secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 108, di un vero e proprio “principio di legalità finanziaria [...] che prescrive che le spese siano deliberate con legge” – è riferito allo Stato, ma la Corte dei conti, ad es., l'ha utilizzato anche in tema di società a partecipazione pubblica locale, stabilendo che l'assunzione volontaria di responsabilità non quantificabili *a priori* ed anzi potenzialmente illimitate (con conseguente indeterminatezza dell'incidenza della spesa e della relativa copertura a carico del bilancio) si pone in netto contrasto con l'art. 81 Cost.: così, Corte conti, sez. giur. regione Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 235 e ss.

Il secondo – indicato da F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 67, come “una sorta di superprincipio (inderogabile per l'Amministrazione come per il legislatore, e quindi criterio di interpretazione di tutte le norme regolative delle potestà ed attività amministrative), chiamato ad acquisire un'importanza prevalente, in ragione dello sforzo particolare di risanamento finanziario che sta affrontando il Paese, in forza di precisi obblighi comunitari” – riguarda invece tutte le pubbliche amministrazioni. In particolare, il nuovo co. 1 stabilisce che queste, “in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”. Negli atti parlamentari si legge che tale modifica “ha la funzione di generare l'obbligo di equilibrio di bilancio, rendendolo valido per tutte le pubbliche amministrazioni della Repubblica”. Il Consiglio di Stato ha già parlato di “una specifica e significativa disposizione di principio, irrefragabile, secondo cui le P.A., in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, esplicitando a livello costituzionale un obbligo già immanente nella nostra *Grundnorm* per tutte le Amministrazioni”: così, Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2012, n. 3361, in www.dejure.it.

dalla società – finisce per ritorcersi contro l'ente pubblico partecipante. Anche per quest'ultimo è dunque preferibile mantenere, tra sé e la società, lo schermo della personalità giuridica.

7. Il problema della giurisdizione, aspettando il legislatore.

Alla luce di queste considerazioni, l'unica questione “irrisolta” rimane quella della giurisdizione.

Infatti, una volta “disinnescata” la sentenza delle Sezioni Unite, viene meno la possibilità di qualificare: *i*) il danno arrecato al patrimonio della società come danno erariale; *ii*) il rapporto tra ente pubblico socio e amministratori della società come rapporto di servizio. Viene meno, in poche parole, la base sui cui fondare la giurisdizione della Corte dei conti e, di conseguenza, la possibilità per la procura contabile di agire nei confronti degli organi societari.

La giurisdizione tornerebbe nelle mani del giudice ordinario, e si ripresenterebbe il rischio di una sostanziale impunità degli amministratori di società *in house*: pur

esistendo norme dirette a regolare la “gestione” della società⁷⁴⁴, difficilmente la loro violazione potrebbe essere “sanzionata” in modo adeguato⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Il riferimento è *in primis* al “superprincipio di economicità dell’azione amministrativa”, contenuto nell’art. 97 Cost., che certamente investe anche il campo “delle società in mano pubblica, come noto luogo di vari sprechi di denaro (anche e soprattutto) pubblico, che si realizzano grazie [...] a due principali fenomeni concomitanti: a. la società viene neutralizzata, dimenticandosi della sua finalità tipica lucrativa; b. la società diviene così una sorta di ente pubblico (in cui, data la mancanza di obiettivi economici, non esiste di per sé alcun efficace vincolo di risorse), a cui, tuttavia, nemmeno si applicano le varie regole di contabilità pubblica chiamate ad assicurare un uso oculato delle risorse, pur nell’ottica del loro consumo in vista di dati obiettivi di interesse collettivo”: così, F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 68. Secondo l’A. è chiaro che, alla luce di tale principio, “il socio pubblico non può trasformare l’impresa privata in un soggetto che distrugge ricchezza [...]; al contrario, deve rispettare, salvo chiare indicazioni legislative di segno contrario, la vocazione della società a creare ricchezza, da poi reinvestire per finalità pubbliche-collettive”. “In conclusione – afferma l’A. – la causa tipica societaria diviene strumento di realizzazione dell’art. 97, co. 1, Cost., e così riceve, proprio nel campo delle società in mano pubblica, speciale rilevanza”. In senso analogo, F. FIMMANO, *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009, p. 897 e ss., afferma che la società partecipata da un socio pubblico, rimane un contratto tipico con comunione di scopo lucrativo, che non può essere “storpiato o manipolato” per finalità abusive dirette a creare *in vitro* una sorta di azienda speciale, organica all’ente per alcuni fini e separata per altri, solo per ottenere una autonomia formale e la conseguente disapplicazione delle regole pubblicistiche.

Il “superprincipio di economicità dell’azione amministrativa” trova poi espressione nella legislazione di specie in tema di partecipazioni pubbliche, riportata da F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 69 e ss., il quale conclude osservando che (pp. 87-88) “I momenti di evoluzione nel sistema costituzionale e nella legislazione ordinaria fin qui analizzati consentono oggi di vedere con ancor più chiarezza ciò che una serena lettura del dato codicistico (mai, sul punto, offuscato) già suggeriva: salvo precise scelte legislative derogatorie di specie, le partecipazioni pubbliche all’istituto societario (anche se legalmente volute) non possono né debbono snaturare quest’ultimo. Esso è e rimane lucrativo. Non vi può essere, a differenza di quanto più volte ipotizzato in sede giurisdizionale amministrativa, un generale vincolo di strumentalità pubblicistica che modifichi la natura e i caratteri essenziali dell’istituto societario, ove partecipato dal pubblico. Può sembrare paradossale [...]: le società in mano pubblica paiono – specie grazie al nuovo art. 97, co. 1, Cost. e ad una coerente e sempre più insistente legislazione speciale – in linea di principio persino più garantite nella loro vocazione commerciale e lucrativa, rispetto alle società in mano privato. La garanzia della loro lucratività, difatti, non si fonda solo sul regime del tipo di società di capitali quale inderogabilmente configurato dal Codice civile, ma discende altresì dal dovere – pubblicistica – di massima attenzione per l’equilibrio delle finanze pubbliche, nelle sue varie declinazioni legislative ed oggi anche costituzionali. [...] In effetti, in particolare nel presente contesto di crisi economico-finanziaria, non è più concesso il lusso di dimenticarsi di come un uso delle risorse collettive secondo strumenti giuridici coerenti con le finalità che si vogliono raggiungere costituisca una condizione necessari di razionalità, assieme, giuridica ed economica. È anche evitando l’uso anomalo, distorto e troppo spesso elusivo della società a partecipazione pubblica [...] che le Amministrazioni, nelle varie forme di intervento nell’economia, sono chiamate a concorrere a «l’equilibrio dei bilanci» e a «la sostenibilità del debito pubblico»”.

⁷⁴⁵ Come abbiamo messo in luce all’inizio del presente capitolo, pare sia stato proprio questo rischio (sostanziale impunità degli amministratori di società *in house*) a muovere le Sezioni Unite nella nuova direzione, che si distacca dal precedente (e consolidato) orientamento in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli organi di società a partecipazione pubblica, datato 2009. Cfr. F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 50, secondo cui, “visto il silenzio del legislatore, che nonostante i buoni propositi «dichiarati» non è intervenuto espressamente a riconoscere la più efficace giurisdizione della Corte dei conti (ed a porre un argine effettivo al disastroso mondo delle società *in house*), le Sezioni Unite non hanno potuto far altro che sostituirsi (come troppo

Ciò conferma quanto sia necessario un intervento del legislatore nazionale sull'*affaire* giurisdizione, rispetto alla quale è possibile individuare *pro tempore* delle soluzioni in grado di arginare la dissipazione di denaro pubblico⁷⁴⁶; soluzioni che

spesso sta accadendo negli ultimi tempi) al fine di raggiungere il risultato più efficiente, in un momento tanto delicato per la finanza pubblica”.

⁷⁴⁶ Innanzitutto, non è da escludere che il danno erariale possa in qualche modo riapparire sotto altra forma ed in capo ad altri soggetti: “la circostanza che l’ente pubblico partecipante possa tuttavia risentire del danno inferto al patrimonio della società partecipata, quando esso sia tale da incidere sul valore o sulla redditività della partecipazione, può eventualmente legittimare un’azione di responsabilità della procura contabile nei confronti di chi, essendo incaricato di gestire tale partecipazione, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine di indirizzare correttamente l’azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi perpetrati” (Cass., S.U., 12 ottobre 2011, n. 20941, in www.dejure.it). Cfr. anche Cass., S.U., 27 febbraio 2008, n. 5083, in www.dejure.it: “è configurabile la responsabilità amministrativa, con conseguente giurisdizione della Corte dei conti, per i comportamenti dell’assessore regionale all’agricoltura, anche quale rappresentante della Regione (azionista di maggioranza della locale centrale del latte costituita in forma di s.p.a.), consistenti nell’imporre alla medesima società indirizzi incompatibili con il perseguimento di un risultato positivo di esercizio e nel non aver adottato iniziative volte ad impedire le perdite, in violazione di norme di legge (che tutelano soci di minoranza) e di regolamenti comunitari (che negli stessi anni vietavano aiuti pubblici nel settore lattiero-caseario), così provocando perdite di esercizio della partecipata. Né, d’altra parte, può ravvisarsi il difetto assoluto di giurisdizione, in relazione alla dedotta insindacabilità nel merito della discrezionalità politico-amministrativa, trattandosi di comportamenti adottati da pubblici amministratori in violazione di legge”. Più di recente, Cass., S.U., 3 maggio 2013, n. 10299, in *Soc.*, 2013, p. 974 e ss., secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice contabile in ordine all’azione proposta nei confronti del sindaco e dell’assessore comunale, restando evidentemente poi rimessa a quel medesimo giudice, in sede di merito, ogni valutazione circa la possibilità d’individuare nel caso di specie un danno imputabile ad azioni od omissioni di quei soggetti e riferibile (non già al patrimonio della società partecipata, bensì) direttamente all’ente pubblico comunale”. Come osserva C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, op. cit., pp. 651-652, è dunque prospettabile (come puntualizzato dalla Cassazione nella pronuncia 26806/2009, e ribadito nelle successive 519/2010, 20940/2011 e 20941/2011) l’“azione del procuratore contabile nei confronti del socio pubblico che, omettendo di esercitare i suoi diritti [...], sia venuto meno al dovere di diligente cura della propria partecipazione; ciò che, fra l’altro, dovrebbe disincentivare l’inerzia del socio pubblico e rendere statisticamente più frequente, proprio nelle società a partecipazione pubblica, l’esercizio delle azioni di responsabilità civilistiche”. Conclude così, poi, l’Autore: “aggiungo infine, per sfatare un diffuso luogo comune, che negare la giurisdizione contabile non equivale a fornire una comoda scappatoia da qualunque responsabilità, anche perché, una volta promossa, l’azione civilistica ha conseguenze tendenzialmente più gravi per il convenuto di quelle che avrebbe un’azione di responsabilità amministrativa (posto che, a tacer d’altro, in sede civile l’amministratore inadempiente sarà ritenuto responsabile anche in assenza di dolo o colpa grave e l’entità del risarcimento non sarà soggetta a riduzioni di sorta rispetto all’entità del danno)”.

Questo per quanto riguarda il socio pubblico e il suo contegno. Per quanto riguarda invece gli amministratori della società *in house*, ipotizza un loro “coinvolgimento” F. FIMMANO, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, op. cit., p. 977 e ss., tramite il sistema di responsabilità previsto dagli art. 2497 e ss. c.c. Secondo l’A., infatti, “siamo in una situazione in cui c’è la responsabilità dell’ente pubblico per abuso del dominio, dei suoi amministratori e dirigenti per la stessa per la stessa ragione e per aver violato le regole di contabilità esponendo l’ente a spese indiscriminate e degli amministratori e dirigenti della società partecipata per aver preso parte al fatto lesivo. Difatti l’art. 2497 al comma 2, c.c., prevede la responsabilità in solido (c.d. aggiuntiva) con l’ente capogruppo di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, quindi di tutti i oggetti sopra individuati”; “se la responsabilità, come spesso accade, consiste nel depauperamento diretto del patrimonio dell’ente generato dal pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale nella controllata, gli amministratori di quest’ultima saranno responsabili in solido con quelli dell’ente-*dominus* per aver preso parte al fatto

comunque non possono arrivare a stravolgere la regola consolidatasi dal 2009 in avanti (e ribadita anche da Cass. n. 26283/2013 nelle sue battute iniziali, con riferimento alle società a partecipazione pubblica generalmente intese), secondo le azioni di responsabilità da esercitarsi nei confronti degli organi della società per i danni ad essa arrecati sono quelle del c.c., con correlativa giurisdizione incardinata presso il giudice ordinario⁷⁴⁷.

Allargando l'orizzonte – quindi non più con esclusivo riferimento alla giurisdizione –, sarebbe quanto mai opportuno un intervento di portata generale del legislatore sul tema dell'*in house providing*, innanzitutto per ragioni di certezza, perché “la via dell'ibridazione, della contaminazione dei diritti è stata percorsa per troppo tempo fingendo che il problema stesse nella definizione del conflitto dogmatico tra sostenitori e avversari del diritto speciale delle società pubbliche”, mentre “ora, stanno invece emergendo con drammatica evidenza i problemi pratici a cui essa conduce; problemi, questi, che spesso non possono trovare soluzioni giuridiche di compromesso”. Occorre dunque un'importante opera di “valutazione preventiva di ciò che può essere affidato al diritto privato ed ai suoi modelli e di ciò che deve essere

lesivo. Tale responsabilità sarà ancora più evidente in caso di insolvenza della società partecipata [...]. Quindi dall'ordinamento societario comune emerge chiaramente la possibilità che il procuratore della Corte dei conti agisca nei confronti dell'ente per abuso del dominio di società dominate incapienti e di tutti i soggetti che hanno preso parte al fatto lesivo (compresi organi e dirigenti di controllante e controllata), anche laddove queste ultime siano state dichiarate fallite od insolventi” (pp. 993-994). Poiché ad avviso dell'A. la situazione della società *in house* è esattamente quella di una comune società soggetta a direzione e coordinamento, diventa possibile per la procura contabile – senza “squarciare il velo” della personalità giuridica – agire nei confronti degli organi di quest'ultima; opinione ribadita anche dopo la sentenza di novembre 2013, in ID., F. FIMMANO', *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, op. cit., in part. p. 77 e ss.

⁷⁴⁷ Cfr. F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, op. cit., p. 9 e ss.: “non c'è chi non veda come a fronte della scelta del legislatore del 2012 [art. 4, co. 13 d.l. 95/2012, ndr] di affermare la natura, per presunzione assoluta, pienamente privata di tutte le società non espressamente trasformate in senso pubblicistico dal legislatore diventi assai arduo ritrovare oggi spazio per la giurisdizione contabile, così destinata ad un'inevitabile (quantomeno) marginalizzazione” (opinione ribadita di recente in ID., *La natura delle Società a partecipazione pubblica: norme nuove e questioni antiche*, op. cit., p. 12). Secondo l'A., il discorso potrebbe cambiare con riferimento proprio alle società *in house*, “categoria societaria che – ove realmente concepibile – rientrerebbe probabilmente nella nozione di società-ente pubblico, ipotizzata dalla Corte regolatrice al fine dell'affermazione della giurisdizione contabile”: un accenno in tal senso, ad es., in Cass., S.U., 5 aprile 2013, n. 8352, in www.dejure.it. Tuttavia, poiché l'A. ritiene che il modello *in house* non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento, egli chiude la parentesi dedicata alla giurisdizione affermando che “solo per società per cui l'*in house* è legislativamente previsto e così legittimato si potrà allora ipotizzare la competenza della Corte dei conti, in ragione della qualificabilità in senso pubblicistico della (solo apparente) impresa”.

regolato dal diritto amministrativo”: in questo sta “l’argine” alla contaminazione, “non nella forzatura *a posteriori* dei confini degli istituti di diritto privato”⁷⁴⁸.

La scelta potrà essere orientata in un senso piuttosto che in un altro, ma sulle (chiamiamole pure) “premesse” occorre chiarezza assoluta: se una “reazione pubblicizzante”⁷⁴⁹ deve esserci, non può che derivare da una presa di posizione da parte del legislatore; non è pensabile che siano gli operatori a determinare “un ritorno al diritto amministrativo”, o, meglio, “una vanificazione della c.d. «fuga nel privato» a seguito della identificazione della «vera natura della cosa»”⁷⁵⁰.

Un inciso: tali considerazioni valgono per le società a partecipazione pubblica *tout court* e non solo per quelle *in house*, ragion per cui il Parlamento potrebbe valutare l’opportunità di un’azione di riforma coraggiosa, a trecentosessanta gradi⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Queste le riflessioni conclusive di M. DUGATO, *Introduzione. La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*: va il cavaliere per il regno di Logres, op. cit., pp. 11-12. Dello stesso avviso la dottrina privatistica. V., *ex multis*, L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, op. cit., pp. 640-641, che ricorda quanto sia importante il valore della “certezza del diritto”, troppo spesso messo in discussione da “una normazione che, oscillando tra lacune ed inutili complessità, provoca una frequente dissociazione tra apparenza e realtà, facendo di che, spesso, nulla sia ciò che sembra, addirittura in relazione ai soggetti di diritto”. Cfr. anche C. IBBA, *Tipologie e “natura” delle società a partecipazione pubblica*, op. cit., pp. 19-20, che chiude con una “considerazione, per così dire, di politica del diritto”: “il problema [...] nasce perché si pretende di rivestire di forma societaria enti ai quali tale veste spesso non si attaglia; no si attaglia e, se ci si riflette appena, non è nemmeno necessaria, perché se l’obiettivo è quello di applicare a enti del genere parte del diritto societario [...] lo si può agevolmente raggiungere senza bisogno di attribuire loro l’etichetta fuorviante di società per azioni. Da questo punto di vista, il legislatore dei giorni nostri dovrebbe prendere esempio da quello dei primi decenni del secolo scorso, che in casi del genere [...] istituiva «enti», «aziende», «istituti», li dotava per lo più esplicitamente della personalità di diritto pubblico e rinviava poi alle singole norme delle società anonime che intendeva applicare loro. Una cosa semplicissima e da sola risolutiva di molti problemi”.

⁷⁴⁹ È l’espressione impiegata da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 156.

⁷⁵⁰ Sono le parole di F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di organizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 39 e ss., qui p. 45, testo e nota.

⁷⁵¹ Si ricordino le sempre attuali riflessioni di T. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 995 e ss., in part. p. 1013, secondo cui la società in mano pubblica dovrebbe considerarsi una “formula insincera” – in cui si ritrovano “due punti di vista [...] antitetici” –, destinata ad “essere superata” (a favore dell’ente pubblico economico), ove davvero si voglia coerentemente agire per finalità, dirette, di interesse pubblico. Si tratta di parole attuali perché una certa “provvisorietà” sembra caratterizzare, anche adesso, le società a partecipazione pubblica: cfr. F.G. COCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, op. cit., p. 260, il quale osserva che “il processo detto di privatizzazione è in realtà il processo di trasformazione del ruolo dei pubblici poteri, che da enti (soggetti) titolari e gestori di servizi pubblici diventano soggetti semplicemente regolatori. Tale processo potrà dirsi concluso quando i servizi pubblici, o comunque le attività economiche di interesse pubblico, verranno riassegnate all’iniziativa economica privata; di esse non saranno più titolari enti pubblici i quali, quindi, non avranno alcun bisogno di costituire (o partecipare) a società private. Gli operatori privati diventeranno i soli titolari e gestori delle attività economiche costituenti oggettivamente servizi pubblici; ma opereranno secondo gli indirizzi e sotto la vigilanza degli organi pubblici di regolazione. Le società a partecipazione pubblica si pongono come un tappa intermedia nel processo di transizione dal pubblico al privato; e, sotto questo profilo, si può accettare la loro

Riprendendo il nostro discorso, le soluzioni prospettabili in tema di *in house* sono numerose: dall'emersione di un tipo di società pubblica "legale" – "cioè individuata e disciplinata dalla legge cui applicare regole in deroga al diritto comune, analoghe a quelle vigenti per le aziende speciali"⁷⁵² – fino all'adozione di formule organizzative alternative (vecchie o nuove) a quella societaria⁷⁵³, senza dimenticare chi propone una più semplice azione di "riordino" complessiva, diretta a eliminare i troppi elementi di specialità che oggi caratterizzano il mondo delle società a partecipazione pubblica⁷⁵⁴.

collocazione in uno stadio di privatizzazione in senso formale. Il mantenimento di connotazioni pubblicistiche, soprattutto se incisive, non sembra coerente, però, con il progredire del descritto processo fino al suo sbocco nel mercato concorrenziale, cioè fino al punto in cui il pubblico sarà (soltanto) regolatore e non operatore".

Insomma, la "provvisorietà" può essere superata in un modo (tornando al pubblico, come affermava Ascarelli) o nell'altro (virando definitivamente sul privato, come dice Scoca): dipende da quali sono le esigenze che si intendono perseguire. Una cosa è certa però: la "provvisorietà" non può diventare una condizione stabile; non può, in altri termini, durare in eterno.

⁷⁵² Sarebbe questa, secondo F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, op. cit., p. 50, "la strada più semplice".

⁷⁵³ Per quanto riguarda la gestione dei servizi pubblici locali, M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, op. cit., p. 274, ritiene che, "partendo dalla constatazione dell'affinità funzionale tra società *in house providing* e azienda municipalizzata", sia "opportuno considerare formule organizzative alternative"; secondo l'Autrice, infatti, "non è un caso [...] se il diritto comunitario tratta alla stessa stregua le forme di gestione in economia e la gestione societaria *in house*". Sulla *chance* di ricorrere al consorzio di diritto amministrativo, v. C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, op. cit., p. 85 e ss.; peraltro, si noti che tale Autrice (p. 107) si dice fortemente perplessa dalla "idea che le società a partecipazione pubblica siano oggi lo strumento in ogni caso più adatto per lo svolgimento di attività di rilievo pubblicistico"; al contrario, "l'amministrazione dovrebbe [...] poter continuare a disporre di strumenti alternativi, per evitare che le società finiscano per diventare «scatole vuote», per di più mal funzionanti, perché appesantite dal rigore e dalla complessità della normativa pubblicistica"; in breve, "diventa necessario riconsegnare all'amministrazione la facoltà di optare per modelli disciplinati dal diritto pubblico". Cfr. anche F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, op. cit., p. 88, nota 141, il quale, citando Ascarelli, pare orientato – per quanto riguarda l'*in house* – all'utilizzo di uno strumento più coerente: l'ente pubblico economico, ben più adatto ad una disciplina nel segno dell'eterodirezione per finalità pubblicistiche.

Nel senso della creazione di nuovi istituti, F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, op. cit., pp. 260-261, secondo cui, a fronte di società a capitale interamente pubblico, le quali "non sono altro che appendici organizzative di enti pubblici, che non vanno verso il mercato, ma rispondono semplicemente ad esigenze di razionalità organizzativa ed di efficienza operativa [...] legislatore avrebbe potuto disegnare organismi nuovi, idonei allo scopo e dotati di una loro disciplina organizzativa e funzionale, almeno tendenzialmente completa. Il fatto di aver utilizzato il modello societario, modificandolo fino a snaturarlo, dimostra che il legislatore non è dotato di sufficiente fantasia e non si preoccupa dei problemi gravi di individuazione della disciplina applicabile a modelli che disporrebbero di una loro disciplina, ma che vengono modificati anche allo scopo che tale disciplina non si applichi nella sua interezza".

⁷⁵⁴ Cfr., ad es., M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 12, secondo cui "a questo punto, considerata la varietà, l'estensione e anche le diverse giustificazioni poste alla base delle deroghe al diritto comune e ai vincoli cui sono

Il *Leitmotiv*, tuttavia, sembra chiaro: anziché continuare a deformare i modelli contenuti nel c.c., è indispensabile che il legislatore indichi modelli alternativi a quello societario, “obbligando” le amministrazioni a servirsi di ciascuno nel rispetto delle sue regole e degli obiettivi da realizzare, in modo da arginare anche l’incessante lavoro di interpretazione e troppo spesso di “trasformazione” degli istituti compiuto da una parte della giurisprudenza, spalleggiata da diversi esponenti della dottrina⁷⁵⁵.

Ciò che è certo, è l’imprescindibilità di una nozione legislativa di *in house providing*, tramite la quale – in coerenza con quanto stabilito a livello europeo – definire con precisione i famosi requisiti (in questo senso, la definizione di “controllo analogo” contenuta nella direttiva 2014/24/UE segna un importante passo avanti), cui si potrebbe aggiungere – ipotizziamo noi – una sorta di decalogo di clausole, da cui l’ente pubblico possa attingere quelle da inserire nello statuto dell’ente dominato, al

sottoposte le imprese pubbliche, sarebbe auspicabile che il legislatore nazionale avvii un processo di riordino [...] In particolare, sarebbe utile un riesame organico dei profili di specialità rispetto al diritto comune, da un lato, confermando soltanto quelli realmente funzionali al perseguimento dell’interesse pubblico; dall’altro, rimettendo al normale potere dell’azionista pubblico la definizione di assetti organizzativi e di indirizzi operativi della singola società con le ragioni che, a monte, giustificano la stessa presenza del capitale pubblico nella società. Negli ultimi tempi il Parlamento ha approvato disposizioni recanti rubriche come «Taglia-enti», «Taglia-oneri» e persino «Taglia-carta» (legge n. 133/2008). Forse anche una disposizione generale «Taglia-specialità» sarebbe altrettanto salutare”. In direzione convergente, G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op. cit., p. 1014: “Forse, allora, anche per il diritto societario pubblico è giunto il momento di introdurre norme e criteri generali, che riducano l’arbitrio del legislatore speciale e singolare e individuino una *governance* modulata a seconda dell’ambito operativo e dei compiti svolti da ciascuna società. Anche per i pubblici poteri, in altri termini, si pone il problema di scegliere la struttura organizzativa più conveniente ed efficiente rispetto agli obiettivi prefissati. Ciò, però, richiede una più chiara consapevolezza delle funzioni che si intendono assolvere, delle categorie di *patrons* e di *stakeholders* che si trovano dietro ciascuna di esse, dei differenti tipi societari di cui si può disporre”.

⁷⁵⁵ Nel fare questo, si potrà prendere spunto dalla distinzione (v. *supra*, nota 76) fra “società di mercato” e “semi-amministrazioni”. La terminologia proviene da un rapporto dell’Assonime, nel quale è sottolineata con forza, appunto, l’esigenza di differenziare il regime delle società a partecipazione pubblica operanti sul mercato da quello dei soggetti che, pur avendo forma societaria, sono di fatto parte della pubblica amministrazione (si noti che valutazioni convergenti si colgono in alcuni interventi della Corte Costituzionale: Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 326, e Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 148, entrambe in www.cortecostituzionale.it, ove è valorizzata, nell’ambito delle società a partecipazione pubblica, la distinzione fra società che svolgono attività d’impresa e società che svolgono attività amministrativa). Sulla possibile incidenza di tale distinzione, v. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, op. cit., p. 24.

Ancora, suggerimenti potranno provenire dalla linea adottata all’interno del rapporto OCSE sul governo delle *State-Owned Enterprises*, che disciplina le società pubbliche in ragione delle dimensioni della partecipazione pubblica, e in virtù di questo approccio cataloga regole differenziate per le diverse “categorie” di società pubbliche, in un’ottica di parziale differenziazione della disciplina. Al riguardo, si rinvia alle considerazioni di M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, op. cit., pp. 276-277.

fine di soddisfare il requisito del “controllo analogo”⁷⁵⁶. Inoltre, non potrà mancare una modifica del sistema di pubblicità legale, diretta a eliminare ogni possibile forma di aporia, rendendo prossimo allo zero il numero di casi di difformità fra situazione iscritta e situazione reale⁷⁵⁷.

Questo per dire che, a fronte del ventaglio di possibilità che il legislatore ha davanti, è importante che nessun aspetto sia tralasciato, onde evitare il ripresentarsi di situazioni come quella attuale, in cui – volendo usare un’immagine – “la coperta è corta”: se si cerca di improntare a efficienza la gestione delle società *in house*, fondando la giurisdizione contabile tramite la tecnica dello “squarcio del velo” della personalità giuridica societaria, l’affidamento dei terzi rimane deluso e contemporaneamente si rischia una “voragine” nei conti pubblici; se si decide di tutelare l’affidamento dei terzi e di evitare detta “voragine” tenendo in piedi la società, ciò impedisce l’estensione della giurisdizione della Corte dei conti.

Tra gli aspetti da non tralasciare, ovviamente figura quello (da cui è originato il presente lavoro) della crisi e del dissesto, specialmente se i soggetti destinatari di affidamenti *in house* entrano in contatto (come normalmente accade) con terzi. Gli strumenti predisposti per fronteggiare tali situazioni, pur cercando un adeguato bilanciamento tra i numerosi interessi coinvolti, dovranno offrire ai creditori una tutela la più energica possibile⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Stabilire dei punti fermi in materia è esigenza ineludibile. Non si può nascondere, infatti, che la magmatica vicenda dell’*in house* sia circondata di numerose zone d’ombra anche a causa di un approccio eccessivamente casistico. Ciò è particolarmente vero, poi, per il requisito del “controllo analogo”, come ricorda, ad es., S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, op. cit., p. 136: “la declinazione del concetto di controllo «analogo» nell’ambito dell’ordinamento interno è avvenuto, nel nostro Paese, attraverso una produzione giurisprudenziale la quale, come si è detto, ereditando l’approccio «caso per caso» propugnato in sede comunitaria, si è presentata in termini letteralmente «alluvionali», «inondando» il quadro entro cui iscrivere la possibilità di addivenire ad un affidamento diretto di servizi pubblici locali di indicazioni spesso contraddittorie, talvolta al limite della schizofrenia, fornite, peraltro, in un’accezione per lo più negativa, ossia volta ad individuare gli indici che escludono la sussistenza di una relazione di controllo «analogo», piuttosto che ad enucleare requisiti che, in positivo, consentono di considerare soddisfatta tale condizione, rendendo così difficoltoso, per non dire improbo, qualsiasi tentativo di ricondurre ad unità, individuando una linea di tendenza univoca, una materia la cui disciplina appare malferma e frammentaria”.

⁷⁵⁷ Nel frattempo, utili spunti possono trarsi da C. IBBA, *Iscrizione nel registro delle imprese e difformità fra situazione iscritta e situazione reale*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 873 e ss.

⁷⁵⁸ Va sottolineato che a livello internazionale la *Insolvency Guide* elaborata dall’UNCITRAL prevede che “*The insolvency law should govern insolvency proceedings against all debtors that engage in economic activities, whether natural or legal persons, including state-owned enterprises, and whether or not those economic activities are conducted for profit.*” I *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* elaborati dalla Banca Mondiale affermano la medesima regola auspicando che, in alternativa, le eccezioni siano chiaramente definite e fondate su stringenti ragioni

Il credito, affermava la Relazione al codice civile, si configura come “presupposto di sviluppo dell’economia in generale” e come “una spinta possente della vita economica e dell’azione produttiva”⁷⁵⁹. Ebbene, l’importanza del credito non è cambiata, anzi. In un periodo di crisi, come quello che il Paese sta attraversando oggi, difenderlo in modo efficace è fondamentale: ne va della sopravvivenza dell’intero sistema economico italiano⁷⁶⁰.

In attesa di simili cambiamenti, qual è il ruolo del giurista? Per riprendere le parole di uno degli studiosi dai quali abbiamo preso le mosse⁷⁶¹, il ruolo del giurista, di fronte all’incertezza amministrativa, dovrebbe essere simile a quello dei guardaboschi nei confronti dei “sentieri interrotti”:

Nel bosco vi sono sentieri che, spesso ricoperti di erbe, si interrompono improvvisamente nel fitto. Si chiamano Holzwege. Ognuno di

(*compelling State policy*). Come lucidamente osservato da L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, op. cit., p. 2, “la ragione di questo uniforme orientamento internazionale sta nell’esigenza di certezza del diritto, di *predictability* ed anche di affidamento dei creditori, fondato sull’uniformità delle regole. In ogni caso, va sottolineato, sia la *Legislative Guide* sia i Principi Generali della Banca Mondiale chiedono che le eccezioni siano chiaramente espresse o dalla legge sull’insolvenza o da un’altra legge. In altri termini non deve trattarsi di un orientamento giurisprudenziale incerto e mutevole, che è proprio ciò che sta avvenendo oggi nel nostro ordinamento, con la conseguenza, si può anticipare, di un’ulteriore rischio di perdita di competitività del nostro sistema”. Venendo al piano delle proposte concrete, cfr., ad es., M. VIETTI, *Le linee guida per una disciplina della crisi delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO’, op. cit., p. 1 e ss., in part. p. 8: questi, pur non facendo specifico riferimento al fenomeno dell’*in house providing*, ritiene che occorra “domandarsi se abbia ancora senso mantenere in vita la liquidazione coatta e se non sia invece più utile unificare in una procedura speciale di insolvenza proprio le società che soggettivamente (perché a capitale pubblico) od oggettivamente (perché di interesse strategico o di rilevanza nazionale) non possono essere trattate come le altre”, cioè assoggettate al regime generale.

⁷⁵⁹ Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 555.

⁷⁶⁰ Non è un caso se uno dei temi più discussi degli ultimi tempi riguarda i ritardi nei pagamenti dei propri debiti da parte della pubblica amministrazione. Tema rispetto al quale il legislatore continua ad intervenire: al d.l. 8 aprile 2013, n. 35 (*Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali*), convertito con modifiche dalla l. 6 giugno 2013, n. 64, sono succeduti ben undici interventi di modifica, dal 21 giugno 2013 (data di emanazione del d.l. n. 69/2014, successivamente convertito con modificazioni dalla l. n. 98/2013) al 23 giugno 2014 (data di emanazione della l. n. 89/2014, di conversione – con modificazioni – del d.l. n. 66/2014, emanato due mesi prima); per un resoconto esaustivo di tutti gli interventi normativi in materia, consulta www.normattiva.it. Ciononostante, i fatti di cronaca non sono rassicuranti, in quanto la cura pare non essere proporzionata alla gravità della malattia. Ad esempio, dagli ultimi dati dell’ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili), evidenziati nel corso di un’audizione alla Camera dei Deputati svoltasi il 26 settembre 2014, emerge che il ritardo nei pagamenti dei debiti della pubblica amministrazione mette in ginocchio il settore edile: la mancanza di fondi e la lentezza burocratica hanno colpito l’81% delle aziende con il risultato che una su due (il 53%) ha ridotto gli investimenti previsti a una su tre (il 36%) ha dovuto ridurre il numero dei dipendenti (fonte: www.repubblica.it/economia).

⁷⁶¹ Si tratta di F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, op. cit., pp. 33-34.

*essi procede per suo conto, ma nel medesimo bosco. L'uno sembra sovente l'altro: ma sembra soltanto. Legnaioli e guardaboschi li conoscono bene. Essi sanno cosa vuol dire trovarsi su un sentiero che, interrompendosi, svia*⁷⁶².

Compito del giurista è trovare la fine del sentiero nel rispetto dei principi (di qualsiasi derivazione, nazionale o comunitaria) che governano l'ordinamento e delle indicazioni (che, si spera, nel tempo diventino sempre più chiare e coerenti) fornite dal legislatore, avendo sempre cura di vagliare le conseguenze che le proprie affermazioni producono (o sono potenzialmente in grado di produrre) a livello sistematico.

⁷⁶² La traduzione è ripresa, con qualche adattamento, da M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, traduzione italiana di P. Chiodi, 1968.

Riflessioni conclusive.

Tirare le fila di un discorso lungo e complesso come quello svolto nei tre capitoli che precedono queste righe non è per nulla semplice. Inoltre, diversi spunti in questo senso sono già stati forniti nella parte finale del terzo capitolo. Pertanto, più che vere conclusioni, queste righe sono dei pensieri in libertà.

Quello delle società a partecipazione pubblica è un mondo pieno di contraddizioni, che affondano le proprie radici negli anni in cui si è diffusa l'idea di usare società di capitali (dunque soggetti di natura privatistica) come strumenti di azione della P.A. nell'economia.

Fin dalle sue origini, infatti, il processo di privatizzazione degli enti pubblici (e il parallelo processo di liberalizzazione dei servizi pubblici, sganciati dalle *ex* municipalizzate), si è accompagnato al tentativo della politica di giocare a due mani, cumulando i vantaggi della struttura privata e del radicamento pubblicistico. Serpeggiava, dietro ai tanti proclami che accompagnavano gli avvenimenti dell'inizio degli anni novanta del secolo scorso, l'idea servirsi di un diritto privato "dimezzato", purgato dagli oneri – in ragione della c.d. superiorità del diritto pubblico – e fatto solo di onori.

Pertanto, il pendolo della convivenza tra principi di diversi "settori" è apparso da subito destinato a spostarsi verso il pubblico, determinando una sorta di prevalenza dei "valori" amministrativistici su quelli privatistici.

Al riguardo, il giudizio delle istituzioni europee è sempre stato negativo. Basta porre mente alla vicenda che ha interessato l'art. 2450 c.c. e, più in generale, le c.d. *golden shares*: la "scure comunitaria" ha eliminato le eccezioni e i "favoritismi" che il nostro ordinamento riconosceva alla P.A. la quale oggi, allorché intenda operare avvalendosi degli strumenti societari, è costretta a comportarsi come un qualsiasi socio privato. Dalla "parabola" degli artt. 2449 (la cui versione originaria è stata sostituita nel 2008) e 2450 (abrogato nel 2007) c.c. sembra giungere un importante insegnamento: quando gli enti pubblici si avvalgono del diritto privato per realizzare un interesse pubblico (ad es., tramite la costituzione di una società partecipata ai fini di affidarle la gestione dei servizi) l'ordinamento comunitario esige il rispetto delle regole comuni, in quanto esse assicurano la salvaguardia dei principi della concorrenza e del mercato. In definitiva, il potere pubblico e il mercato non sono incompatibili, a

condizione che l'ente segua le regole cui sono assoggettati tutti gli altri operatori economici. Soltanto in casi eccezionali sono ammessi "trattamenti privilegiati", da individuare comunque ricorrendo al principio di proporzionalità. L'impresa pubblica (nel nostro caso, una società) non può essere soggetta in quanto tale ad un regime che la sottragga alle regole della concorrenza (art. 106 TFUE, par. 1); ma ciò che è vietato nei confronti dell'impresa come tale, è consentito nei confronti dell'impresa pubblica che sia stata incaricata di compiti di interesse pubblico (art. 104 TFUE, par. 2).

Ponendosi lungo questo crinale, estendere l'esenzione dal fallimento alle società a partecipazione pubblica, senza che a ciò si accompagni la previsione di altre procedure idonee a fronteggiarne il dissesto e a soddisfarne i creditori, è certamente un fatto che altera la concorrenza e il mercato e non c'è bisogno di spiegare perché.

Per non parlare poi dei creditori e dei loro interessi. In una situazione come quella appena descritta, il loro legittimo affidamento (alimentato – anche e soprattutto – da quanto iscritto nel registro delle imprese) rimane certamente deluso. Inoltre, s'impone a tali soggetti un trattamento peggiore rispetto a quello riservato ai creditori che non hanno avuto la "sfortuna" di imbattersi in società al cui capitale partecipano enti pubblici, senza che ciò sia sorretto da alcuna valida giustificazione.

Ebbene, se si pensa che nel caso delle c.d. *golden shares* a essere censurate sono state norme del c.c., cioè disposizioni aventi rango di legge ordinaria, non si vede come giurisprudenza e dottrina possano escogitare, pensando di farla franca, nuovi privilegi per gli enti pubblici che decidono di sottomettersi alle regole del diritto privato.

Quanto detto finora è ancor più calzante con riferimento alle società che, tra quelle a partecipazione pubblica, presentano i requisiti caratteristici dell'*in house providing*. Proprio a tali società vogliamo dedicare i nostri ultimi pensieri.

Di tutta la vicenda legata all'*in house*, ciò che più di ogni altra cosa lascia basiti è il paradosso che si è venuto a creare: nell'ordinamento italiano, un istituto di matrice comunitaria è arrivato a determinare una violazione dei principi comunitari stessi. Infatti, le continue forzature del diritto societario – realizzate affinché vi sia *in house providing* – non pongono problemi solo sul piano interno (il diritto societario non è, tendenzialmente, disponibile) ma, altresì, su quello del diritto comunitario. L'abbiamo detto poco sopra: se c'è un principio particolarmente sentito e dichiarato negli orientamenti europei in tema di società a partecipazione pubblica, questo è proprio il

divieto di predisporre deroghe al diritto societario comune, che possano anche soltanto “apparire” quali privilegi per la parte pubblica. Oltretutto, aggiungiamo ora, ciò intacca una delle quattro libertà fondamentali sulle quali si basa la realizzazione di un mercato interno delle merci e dei fattori della produzione (obiettivo, quello della realizzazione del mercato interno, che ha avuto da sempre un ruolo centrale nel processo d’integrazione europea), cioè quella riguardante la circolazione dei capitali. Prevedere deroghe a favore della pubblica amministrazione significa dissuadere gli investitori privati; pertanto, anche laddove si cercasse di giungere ad assicurare il controllo analogo attraverso interventi legislativi di privilegio per il socio pubblico, probabilmente si tratterebbe di discipline comunitariamente illegittime e quindi inapplicabili.

Al punto in cui ci troviamo oggi, recuperare una valenza funzionale alla nozione di *in house* sembra ormai impossibile. Come abbiamo detto nel corso dell’introduzione, l’*in house* fa coppia con l’organismo di diritto pubblico: entrambi sono concetti enucleati al fine di contrarre o espandere l’obbligo di indire una gara per l’amministrazione aggiudicatrice. Ciononostante, il concetto di *in house* è stato progressivamente disancorato dal suo specifico “settore” di provenienza, autonomizzato e, infine, dotato di una disciplina sua propria, derogatoria rispetto a quella di diritto comune (il differente regime di responsabilità degli organi societari per i danni arrecati al patrimonio della società, voluto da Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, è solo l’ultimo esempio). È così che è maturata l’idea dell’*in house* come singolarità, come anomalia, come – a volte è questa l’impressione che si ha – tipo societario, che, governato da regole speciali, si affianca a quelli costituiti da s.p.a. e s.r.l.

Stando così le cose, lo sforzo volto a ribadire che la natura del rapporto intercorrente tra società ed ente proprietario (perché in fin dei conti il problema è tutto qui, nel “controllo analogo”) non si riflette nei rapporti coi terzi, né sulla disciplina normativa applicabile all’organizzazione societaria (che rimane quella ordinaria) rischia di risolversi in una battaglia contro i mulini a vento.

Occorre, dunque, che la “scure comunitaria” colpisca ancora, stavolta chiarendo con decisione che il binomio *in house*-società di capitali non può reggere. La strategia basata sul rinvio al giudice nazionale, affinché sia questi a giudicare della compatibilità

tra “controllo analogo” e norme di diritto societario, deve finire, poiché le diverse magistrature nazionali (amministrativa, ordinaria e contabile) sono solite percorrere cammini separati, che puntualmente finiscono per disorientare gli operatori.

Se da un lato è lecito sperare che gli organi comunitari aiutino il nostro Paese a uscire dall'*impasse*, dall'altro c'è il legislatore nazionale, che ha già sottomano tutti gli strumenti per invertire la rotta, senza bisogno di attendere una “spinta” dall'Europa. La scelta potrebbe in parte risultare impopolare, ma è ormai diffusa tra gli studiosi – menzionati nelle battute finali del terzo capitolo – l'opinione secondo cui, volendo insistere sulla strada dell'*in house*, sarebbe meglio, invece che cristallizzare l'uso necessario della società, ritornare allo strumento dell'azienda speciale o dell'ente pubblico economico. Tali strumenti, infatti, sono (anche per l'assenza di particolari vincoli comunitari relativi alla loro organizzazione interna) certo più facilmente riconducibili al controllo analogo. Del resto, anche a voler ammettere che alcuni dei principali caratteri distintivi delle società di capitali possano essere sacrificati per far spazio al “controllo analogo”, resterebbe pur sempre da capire, a quel punto, quali maggiori vantaggi esse sarebbero realmente capaci di offrire, dal punto di vista organizzativo, rispetto all'azienda speciale o all'ente pubblico economico. Se la società deve essere snaturata, ha perfettamente ragione chi sostiene che, allora, tanto vale continuare a impiegare forme più direttamente pubblicistiche, con un maggior guadagno in termini di coerenza e di efficacia.

Ad avviso di chi scrive, i tempi sono maturi per un intervento del legislatore, soprattutto alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, della quale ci siamo occupati nel terzo capitolo. Questa, in un certo senso, chiude il cerchio sull'utilizzabilità delle società di capitali per realizzare la particolare relazione con l'ente pubblico prevista dall'*in house*: *i*) in principio, a fronte della libertà lasciata dalla Corte di giustizia dell'Unione, nel nostro ordinamento si è intrapresa la via della costituzione di s.p.a. e s.r.l.; *ii*) nonostante le difficoltà e le frizioni emerse lungo il cammino, si è comunque deciso di continuare su tale via; *iii*) oggi ci troviamo al punto in cui il giudice della nomofilachia afferma che quando si ha che fare con l'*in house*, “di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare”.

Pur non concordando con la ricostruzione del requisito del “controllo analogo” prospettata dai giudici di legittimità nella predetta sentenza, chi scrive deve prendere atto che essa è stata immediatamente confermata (v. Cass., S.U., 16 dicembre 2013, n. 27993, e Cass., S.U., 10 marzo 2014, n. 5491).

A questo punto, è più che legittimo pensare che la parabola della società *in house* sia giunta ai titoli di coda, poiché leggendo tutto d’un fiato Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, l’operatore è assalito dalla domanda: che senso ha, allora, costituire una società *in house*? O, più puntualmente, se l’obiettivo è la creazione di un soggetto che possa soddisfare i requisiti propri dell’*in house providing*, così da permettere all’ente pubblico-amministrazione aggiudicatrice di procedere ad affidamenti diretti, perché scegliere quale modello organizzativo la “società per azioni” o la “società a responsabilità limitata”? Infatti, se per la società *in house* è comunque richiesto un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi e se alla fine della società non rimane neppure il regime di responsabilità limitata (ma, bene che vada, solo il nome), non si vedono ragioni valide per non ricorrere a modelli organizzativi rispondenti alle finalità di gestione *in house* dell’ente, quali quelli menzionati poco sopra.

La sentenza delle Sezioni Unite di novembre 2013 è un campanello d’allarme: allo stato attuale, la vicenda dell’*in house* sta andando alla deriva; se non si abbandona il mondo delle società di capitali, il passo dalle sistematiche violazioni del diritto societario alle riqualficazioni in senso pubblicistico è molto breve, come testimoniato, ad esempio, dalla vicenda dell’assoggettabilità delle società *in house* al fallimento e al concordato preventivo, che diversi tribunali fallimentari sono giunti a negare nonostante la limpidezza di quanto statuito da Cass., 27 settembre 2013, n. 22209.

La perdurante situazione di crisi economico-finanziaria e la connessa mancanza di denaro, forse, stanno portando con sé un inizio di “moralizzazione” del fenomeno delle partecipazioni pubbliche. Al punto in cui siamo, infatti, pare proprio che non ci si possa più permettere di “chiudere un occhio” e dimenticare che un utilizzo delle risorse collettive secondo strumenti giuridici coerenti con gli obiettivi che si vogliono realizzare costituisce una condizione necessaria di razionalità giuridica ed economica allo stesso tempo. Tuttavia, un ravvedimento in questo senso da parte della pubblica amministrazione (cioè l’assunzione, da parte di quest’ultima, di un comportamento più responsabile e attento) non è per nulla scontato, e l’affidarsi esclusivamente

all'“onestà” di essa costituisce un “atto di fede” che non sempre dà i frutti sperati. Se il ravvedimento tarda a venire in maniera spontanea, aspettare che le casse dell'erario si prosciughino non è certo una soluzione soddisfacente.

Parimenti insoddisfacente è la soluzione proposta dalle Sezioni Unite nel novembre 2013. Come da noi messo in evidenza, disboscare il sentiero della riqualificazione soggettiva delle società – sentiero abbandonato da tempo e, soprattutto dopo Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, decisamente impraticabile – non porta vantaggi: né per i creditori, né per il mercato, né per l'amministrazione medesima che decide di ricorrere allo strumento societario.

Pertanto, è giunto il momento che il contributo delle amministrazioni pubbliche all'“equilibrio dei bilanci” e alla “sostenibilità del debito pubblico” (art. 97 Cost., co. 1) passi anche attraverso una ridefinizione degli strumenti d'intervento nell'economia che esse hanno a disposizione.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, Atti del Convegno di Verona del 1977, in *Giur. comm.*, 1979

AA.VV., *Diritto fallimentare*, coordinato da A. MAFFEI ALBERTI, Bologna, 2002

AA.VV., *I servizi pubblici locali. Modalità di affidamento, gestione e tariffe*, a cura di V. ITALIA, Milano, 2010

AA.VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, Torino, 2010

AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013

C. ALBERTI, *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Ist. Federalismo/Quaderni*, 2011

S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006

S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Bologna, 2008

S. AMBROSINI-G. CAVALLI-A. JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2009

M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. app.*, 2014

V. ANDRIOLI, *L'evoluzione della legislazione fallimentare dal codice di commercio del 1865 al codice civile del 1942*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967

V. ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967

F. ANFUSO, *Condizioni di fallibilità dell'impresa collettiva: basta lo scopo od occorre anche l'effettivo esercizio dell'attività commerciale?*, in *Fall.*, 2002

C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975

C. ANGELICI, *Società prima dell'iscrizione e responsabilità di "coloro che hanno agito"*, Milano, 1998

A. ANTONINI, *Il caso Alitalia – salvataggio o fallimento?*, in *Dir. trasp.*, 2009

R. ARRIGONI, *responsabilità "amministrativa" e società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', Milano, 2011

T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956

T. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959

A. ASCOLI, *La moratoria e il concordato preventivo*, Milano, 1896

A. ASQUINI, *Dal codice di commercio del 1865 al libro del lavoro del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1967

M. ATELLI, *La revoca degli amministratori di s.p.a. partecipate da enti locali è atto di diritto privato*, in *Soc.*, 2006

A.M. AZZARO-I. SCALERA (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Linee guida della riforma*, Torino, 2007

V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965

A. BALDANZA, *Diritto militare e principi costituzionali*, in *L'ordinamento militare*, a cura di V. POLI-V. TENORE, Milano, 2006

D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958

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

A. BASSI, *L'esercizio provvisorio*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE-A. BASSI, Padova, 2011

G. BAVETTA, *Liquidazione coatta amministrativa*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1974

P.D. BELTRAMI, *La società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007

P.D. BELTRAMI, *Commento all'art. 2331*, in *Costituzione-Conferimenti*, a cura di M. NOTARI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2008

G. BERTI, *Introduzione*, in *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, a cura G. BERTI, Bologna, 1993

L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *I servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto europeo. Parte speciale*, diretto da M.P. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007

W. BIGIAMI, *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giur. it.*, 1959

W. BIGIAMI, *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960

- M. BIONE, *La «crisi» dell'impresa fra procedure concorsuali e interventi di salvataggio: note introduttive*, in *Impresa, ambiente, pubbl. amm.*, 1975
- L. BOLAFFIO, *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, in *Monitore dei Tribunali*, 1886
- S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011
- R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato in Italia (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna, 1990
- A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1986
- G. BOZZA, *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, in *Fall.*, 2014
- G. BRUNETTI, *Le crisi d'impresa tra prevenzione e superamento: un punto di vista aziendale*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del Convegno*, a cura di Fondazione Centro Internazionale su diritto società e economia, Courmayeur, Milano, 2006
- A. BUCCARELLI, *Il sistema della responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitali pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', Milano, 2011
- A. BUTERA, *Moratoria, concordato preventivo, procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938
- A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006
- A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta. Dalla legge 12 maggio 2005, n. 80 al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Padova, 2008
- L. CAIANI, *Analogia (teoria generale)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958
- M. CAMMELLI-M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI-M. DUGATO, Torino, 2008
- M. CAMMELLI-A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999
- G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria*, in *Riv. soc.*, 1998
- G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2005

G. CAPO, *Fallimento e impresa*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE-A. BASSI, Padova, 2010

A. CAPRARA, *La revoca del sindaco nominato dal socio pubblico è un affare (di diritto) privato*, in *Soc.*, 2013

V. CARELLA, *La responsabilità penale e amministrativa delle società in house e miste*, in *Riv. dir. soc.*, 2012

M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010

M. CASAVECCHIA, *Le società in mano pubblica*, in *NDS*, 2014

G. CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1979

S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959

S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995

S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2004

A. CASTAGNOLA, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Anal. giur. ec.*, 2004

A. CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986

P. CELENTANO, *Commento all'art. 9*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, Torino, 2006

V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2009

V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011

V. CERULLI IRELLI, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI, Torino, 1994

A. CETRA, *Le trasformazioni dell'ente pubblico*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011

E. CHITI, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001

E. CHITI, *L'amministrazione militare tra ordinamento nazionale ed ordinamento globale*, Milano, 2006

M.P. CHITI, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Relazione al Convegno *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Luiss-Assonime, Roma, maggio 2009, in www.assonime.it

F. CINTIOLI, *“Di interesse generale e non aventi carattere industriale o commerciale”: il bisogno o l’attività? (Brevi note sull’organismo di diritto pubblico)*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2004

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

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

M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’organizzazione amministrativa italiana*, in *Dir. amm.*, 1995

M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010

E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, 2014, in www.orizzontideldirittocommerciale.it

A. CONCAS, *Le origini, finalità e presupposti del fallimento nell’Ordinamento Italiano*, 12 dicembre 2013, in www.diritto.it

A. CONCAS, *Le origini e i presupposti del fallimento*, 14 giugno 2012, in www.diritto.it

G. CONTI, *La liquidazione coatta amministrativa. Il governo della crisi delle società cooperative e delle altre imprese di economia sociale*, Milano, 2014

G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Supplemento al n. 4 dell’anno 2004 della rivista Serv. pubbl. app.*

G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010

M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società “pubbliche”*, a cura C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011

F. D’ALESSANDRO, *Politica della crisi d’impresa: risanamento o liquidazione dell’azienda*, in *Fall.*, 1980

F. D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e superamento della personalità giuridica; la giurisprudenza di merito sembra aderire all'indirizzo di maggioranza*, in *Giust. civ.*, 1989

F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006

S. D'AGOSTINO, *Passato e presente dell'atto ultra vires nel sistema di gestione delle società per azioni non quotate: la vendita dell'unico immobile strumentale all'attività sociale*, in *Riv. not.*, 2005

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 *Fall.*, 2009

G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fall.*, 2010

G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', 2011

C. D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940

E. DE GIULJ, *Considerazioni sulla moratoria in tempo di guerra*, Roma, 1917

F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000

A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956

R. DE NICTOLIS-L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008

A. DE STEFANI, *La legislazione economica della guerra*, Bari, 1926

G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010

S. DEL GATTO, *La natura degli atti di nomina degli amministratori di società partecipate dallo Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013

M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 2005

I. DEMURO, *Introduzione alla disciplina delle società in mano pubblica*, in *Il nuovo diritto societario, nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, Bologna, 2009

I. DEMURO, *La partecipazione del privato*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011

V. DENTI, *Il processo di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951

G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl*, Torino, 1995

F. DIMARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. soc.*, 2012

F. DIMARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', Milano, 2011

L. DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. CAIAFA, Torino, 2009

D. DI RUSSO, *Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?*, in *NDS*, 2014

A. DIMUNDO, *Commento all'art.104*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2008

M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013

M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012

M. DUGATO, *Introduzione. La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Ist. Federalismo/Quaderni*, 2011

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

L. EINAUDI, *Intorno al credito industriale. Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911

P. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011

F. FARINA, *Assoggettabilità al fallimento di società commerciali che non esercitano attività imprenditrice?*, in *Dir. fall.*, 1967

F. FERRARA jr-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987

F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995

G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941

G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001

G.B. FERRI, *Il codice civile italiano del 1942 e l'ideologia corporativa fascista*, in *Eur. dir. priv.*, 2012

F. FEZZA, *Il programma di liquidazione*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE-A. BASSI, Padova, 2011

C. FIENGO, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Napoli, 2009

F. FIMMANO', *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007

F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, Bologna, 2007

F. FIMMANO', *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007

F. FIMMANO', *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009

F. FIMMANO', *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2010

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

F. FIMMANO', *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Fall.*, 2013

F. FIMMANO', *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Soc.*, 2013

F. FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 18 dicembre 2013, in www.ilcaso.it

F. FIMMANO', *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Soc.*, 2014

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

L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2012

S. FORTUNATO, *Commento all'art. 1*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO, Bologna, 2006

S. FORTUNATO, *Fallimento dell'imprenditore o crisi dell'impresa?*, in www.academia.eu,

M. FRACANZANI, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, relazione tenuta al convegno *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Roma, 13 maggio 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.

- F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004
- C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000
- M. FRANZONI, *Della società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali – Degli amministratori*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008
- G. FRE'-G. SBISA', *Delle società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997
- F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1988
- F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto F. GALGANO, Padova, 2003
- F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone. Le società di capitali. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2010
- F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2012
- R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e del giudice nazionale a confronto*, in *Foro it.*, 1998
- L. GERINI, *Crisi dell'impresa e stato d'insolvenza*, in *Cinquant'anni della legge fallimentare (1942-1992). Atti dei Convegni S.I.S.CO. (Firenze, ottobre 1992; Milano, novembre 1992; Lucca, marzo 1993)*, Milano, 1994
- L. GHIA, *Fallimento e società di capitali a controllo o partecipazione pubblica*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali. La dichiarazione di fallimento*, Torino, 2010
- C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Bari, 1985
- M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958
- L. GIZZI, *Trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata?*, relazione resa al VI° *Forum giuridico europeo della neve*, Bormio, 15 dicembre 2012, in www.giustizia-amministrativa.it,
- F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004
- F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, voce in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006

F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008

F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013

F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, 10 maggio 2013, in www.rivistacorteconti.it

F. GOISIS, *La natura delle Società a partecipazione pubblica: norme nuove e questioni antiche*, quinto incontro del ciclo *Alla ricerca del filo di Arianna*, Milano, 2014, in <https://air.unimi.it>

G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010

G. GRÜNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004

G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009

A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004

R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, interpretazione*, in R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008

F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2005

F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014

L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008

L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *Dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo*, in *Formulario delle procedure concorsuali*, Padova, 2012

M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, traduzione italiana di P. Chiodi, Firenze, 1968

C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, Torino, 1992

C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992

C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001

- C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005
- 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
- C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *NDS*, 2010
- C. IBBA (a cura di), *Profili della nuova legge fallimentare*, Torino, 2009
- C. IBBA, *Tipologie e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010
- C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011
- C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 2012
- C. IBBA, *Iscrizione nel registro delle imprese e difformità fra situazione iscritta e situazione reale*, in *Riv. soc.*, 2013
- L. IMPARATO, *La revoca degli amministratori pubblici. Nota a sentenza n. 7063/2013 resa dal Tribunale di Napoli*, in *Gazzetta Forense*, nov.-dic. 2013
- N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000
- P.G. JAEGER, *"Par condicio creditorum"*, in *Giur. comm.*, 1984
- P. G. JAEGER, *Privatizzazioni. Profili generali*, voce in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995
- A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994
- A. JORIO, *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, Bologna, 2006
- A. JORIO-M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010
- C. LACAVA, *L'impresa pubblica. Diritto amministrativo speciale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000
- E. LA MARCA, *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema della società a capitale interamente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008
- G. LA VILLA, *Introduzione al diritto europeo delle società*, Torino, 1996
- S. LEONE, *Il sistema delle fonti del diritto*, in *Nozioni di diritto costituzionale*, a cura di N. ZANON, Torino, 2007

I. LEVI, *Commento ai decreti luogotenenziali 23, 27 e 30 maggio 1915, n. 718, 739, 764; 3 e 20 giugno 1915, n. 788 e 88*, Torino, 1915

M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. impr.*, 2008

M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. soc.*, 2012

B. LIBONATI, *La crisi dell'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985

B. LIBONATI, *Crisi delle imprese e crisi del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1988

B. LIBONATI, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, Relazione al Convegno *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Luiss-Assonime, Roma, maggio 2009, in www.assonime.it

F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007

G. LO CASCIO, *Risanamento dell'impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa del sistema concorsuale*, in *Fall.*, 2000,

G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007

F. LUCIANI, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv. dir. comm.*, 2012

C. MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011

D. MANENTE, *Dalla "legge Marzano" al d.l. 134/2008: note minime sulle modifiche alla procedura di ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza nel caso "Alitalia"*, in *Dir. fall.*, 2008

P. MANGANELLI, *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d'impresa*, in *Dir. e prat. società*, 2008

L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2006

D. MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di "organismo di diritto pubblico"*, in *Dir. amm.*, 2000

C. MARTINI, *Della moratoria*, Roma, 1890

C. MARZUOLI, *Ancora su accesso e forme privatistiche (si soggetti e di attività): anche l'accesso ha dei limiti*, in www.giustamm.it, 2004

A. MASSERA, *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, in corso di pubblicazione sugli atti del Convegno AIPDA, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Milano, 27-28 settembre 2013

B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007

E. MAURO, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. "pubblica": profili pubblicistici*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011

A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011

G. MELIS, *Storia del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000

S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013

B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, in *Fall.*, 2005

B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA-L. PANZANI, Torino, 2009

F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di organizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997

F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007

E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, 2011

G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962

T. MIELE, *La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', Milano, 2011

G. MIRAULO, *La nuova legge sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 1942

F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009

P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Padova, 2007

P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *NDS*, 2010

G. MONTEDORO, *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Foro amm. – TAR*, 2013

S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009

G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Controlli societari e governo dell’impresa*, a cura di A. PREDIERI, Torino, 1999

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

G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. Amm.*, 2003

G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006

S. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Articoli e note*, in www.giustamm.it, 2004

U. NAVARRINI, *Istituzioni di diritto fallimentare. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267. Fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa*, Roma, 1946

A. NIGRO, *La riforma della legge fallimentare fra innovazione e tradizione*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2006

A. NIGRO, *“Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006

A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010

A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012

A. NIUTTA-A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999

R. OCCHILUPO, *L’ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007

G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942

G. OPPO., *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966

G. OPPO, *Diritto delle società e attuazione della 2° direttiva CEE. Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986

G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2000

G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005

- A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007
- P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di M. BOCCHIOLA-A. PALUCHOWSKI, Milano, 2002
- L. PANZANI, *Il programma di liquidazione*, in *Fall.*, 2005
- L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, 2013, in www.ilfallimentarista.it
- A. PAPA MALATESTA, *Partecipazioni pubbliche*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995
- F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010
- G. PASQUINI-A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001
- A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2001
- A. PAVONE LA ROSA-G. NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Tipo, costituzione nullità*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, Torino, 2004
- A. PAVONE LA ROSA, *Comunione di azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione*, in *Giur. comm.*, 2005
- G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società. Riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Padova, 2007
- G. PELLEGRINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti e servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Riv. dir. soc.*, 2012
- R. PERRELLA, *Osservazioni in tema di società pubbliche*, in *Dottrina*, 2 dicembre 2013, in www.contabilita-pubblica.it
- S. PICONE, *Il controllo pubblico nelle società miste pubblico-pubblico e pubblico-privato*, in *Riv. dir. soc.*, 2012
- G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI-M. DUGATO, Torino, 2008
- A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001

P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007

P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica e fallimento. Nuovi argomenti a favore della non fallibilità?*, 2013, in www.ilfallimentarista.it

P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica, qualifica di “imprenditore commerciale” e procedure concorsuali nel prisma dei principi costituzionali*, 2014, in www.ilfallimentarista.it

P. PIZZA, *La Cassazione chiarisce che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento. Fine di un problema?*, 2014, in www.ilfallimentarista.it

G.B. PORTALE, *Conferimenti in natura ed effettività del capitale della “società per azioni in formazione”*, in *Riv. soc.*, 1994

G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010

G.B. PORTALE, *Le nuove norme sui conferimenti in natura nella s.p.a.: dal “ravvicinamento” alla “disarmonizzazione” dei diritti nazionali*, in *Riv. soc.*, 2012

G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013

L. POTITO-M. SANDULLI, *Commento all’art. 1*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, Torino, 2006

G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2009

C. PROTO, *Della vendita dell’attivo fallimentare*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007

R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Miano, 1974

R. PROVINCIALI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1977

B. QUATRARO, *Profili generali della legge fallimentare italiana*, saggio introduttivo in M. CATTANO-M. PALLADINO, *La riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2006

G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994

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 statali*, Torino, 1997

E. RICCI, *I soggetti passivi (appunti per un bilancio)*, in *Cinquant’anni della legge fallimentare (1942-1992). Atti dei Convegni S.I.S.CO. (Firenze, ottobre 1992; Milano, novembre 1992; Lucca, marzo 1993)*, Milano, 1994

A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Torino, 1917

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

N. RONDINONE, *Le tendenze di riforma del sistema dei tipi procedurali, e l'improvvida "secessione" del diritto concorsuale dal diritto commerciale, in Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002

N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003

N. RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, in *Dir. fall.*, 2014,

N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012

R. RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Soc.*, 2005

R. RORDORF, *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del Convegno*, a cura di Fondazione Centro Internazionale su diritto società e economia, Courmayeur, Milano, 2006

R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Soc.*, 2013

R. ROSAPEPE, *Ancora a proposito della distinzione tra società e impresa*, in *Giur. comm.*, 1981

A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano, 2013

G. ROSSI, *Ente pubblico*, voce in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989

G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1992

M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, 2004

E. SABATELLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. "sociali"*, in *Dir. fall.*, 2011

L. SALERNO, *Golden shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002

L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010

L. SALVATO, *Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali*, in *NDS*, 2014

L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Fall.*, 2014

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

M. SANDULLI, *Commento all'art. 104*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, Torino, 2006

G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973

F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2008

F. SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2010

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1989

D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010

S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1946

S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1957

A. SAU, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in *Ist. Federalismo/Quaderni*, 2011

S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010

S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', Milano, 2011

A. SCHERMI, *Momento dell'attribuzione dello status di imprenditore commerciale alle società ed assoggettibilità a fallimento*, in *Dir. fall.*, 1967

G. SCHIANO DI PEPE, *I presupposti (soggettivi e oggettivi) per la dichiarazione di fallimento*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007

G. SCHIAVON, *Considerazioni in tema di fallimento di socio a responsabilità illimitata e del socio receduto*, in *Fall.*, 1998

S. SCICCHITANO, *Intervento al convegno Il fallimento delle società pubbliche*, tenutosi in Roma il 10 giugno 2014, in www.studioscicchitano.it

- G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, Milano, 1993
- G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013
- F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005
- E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'“organismo di diritto pubblico” alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1999
- F. SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, Padova, 1965
- G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958
- F.S. SEVERI, *Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1989
- B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di “ente pubblico” nell'esperienza italiana*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI, Torino, 1994
- V. SPARANO, *Disciplina delle procedure concorsuali. Una proposta di lettura della Legge Fallimentare*, Padova, 1988
- L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A. JORIO, Milano, 2001
- L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007
- A. STICCHI DAMIANI, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica tra profili pubblicistici e privatistici*, entrambi contenuti in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011
- G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa. Lezioni*, Padova, 2014
- P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica amministrazione*, Torino, 2012
- G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006
- G. TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', Milano, 2011
- G. TERRANOVA, *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in *Dir. fall.*, 2003

- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2011
- L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009
- U. TORLAI, *I concordati, le moratorie e i piccoli fallimenti*, Torino, 1927
- P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2009
- F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009
- G. TUCCI, *Privilegi. 1) Diritto civile*, voce in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991
- G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, 24 settembre 2012, in www.amministrazioneincammino.luiss.it,
- S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012
- S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "golden share" ai fondi sovrani)*, in *Le società "pubbliche"*, a cura C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI, Torino, 2011
- V. VELLUZZI, *Commento agli artt. 12, 13 e 14 delle Disposizioni sulla legge in generale*, in *Delle persone*, vol. I, *Disposizioni sulla legge in generale e art. 1-10 c.c.*, a cura di A. BARBA-S. PAGLIANTINI, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012
- A. VETRO, *Evoluzione della problematica sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società partecipate dagli enti pubblici, con particolare riguardo a quelle c.d. in house*, in www.respamm.it, 29 gennaio 2014
- M. VIETTI, *Il diritto fallimentare nella riforma*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del Convegno*, a cura di *Fondazione Centro Internazionale su diritto società e economia*, Courmayeur, Milano, 2006
- M. VIETTI, *Le linee guida per una disciplina della crisi delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANO', Milano, 2011
- F. VIGNOLI, *La nozione mobile di ente pubblico ex art. 1 l. fall.*, 2014, in www.ilfallimentarista.it
- R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2003
- G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979

C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Ist. Federalismo/Quaderni*, 2011

C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMELLI-M. DUGATO, Torino, 2008

M. VITALEVI, *La moratoria nel nuovo codice di commercio in relazione ai codici olandese e belga*, Torino, 1884

C. VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, in *Monitore dei Tribunali*, 1922

C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. app.*, 2008

L. ZANETTI, *Le società a partecipazione pubblica nel governo del territorio*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMELLI-M. DUGATO, Torino, 2008

A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMELLI-M. DUGATO, Torino, 2008

www.osservatorio-oci.org