

Il fallimento delle società *in house* al tempo dello squarcio del velo della personalità giuridica

Matteo Vescovi

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le società *in house providing*. La ricostruzione prospettata dalle Sezioni Unite (Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283) – 3. Il dibattito sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica. Il fondamentale contributo della Cassazione (Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209) – 4. I contrapposti orientamenti sulla fallibilità delle società *in house* espressi dai Tribunali fallimentari. La soluzione adottata dal Tribunale di Reggio Emilia – 5. I rischi connessi allo squarcio del velo della personalità giuridica – 6. Quale futuro per le società *in house*? – 7. Breve considerazione conclusiva

1. Premessa

“*In giurisprudenza e in dottrina è dubbia la fallibilità delle società cosiddette in house*”⁽¹⁾: è questo quanto affermato dai giudici emiliani nelle prime battute della sentenza in commento, che riguarda il caso della Montefalcone S.r.l. (di seguito Mo. S.r.l.), società partecipata dalla Provincia di Reggio Emilia nonché dai Comuni di San Polo d’Enza, di Bibbiano e di Quattro Castella.

Dissentire pare molto difficile, soprattutto alla luce delle pronunce di merito recentemente intervenute sul tema, dalle quali emerge una notevole disparità di opinioni circa il trattamento da riservare alla società *in house* insolvente⁽²⁾.

Il Tribunale di Teramo, ad esempio, ha dichiarato l’inammissibilità di una domanda di concordato preventivo “*di natura interamente liquidatoria e pro soluto*” riguardante una società a responsabilità limitata che presentava tutti i requisiti propri dell’*in house providing* (sui quali più ampiamente *infra*): natura esclusivamente pubblica dei soci; svolgimento dell’attività in prevalenza a favore dei soci stessi; sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici⁽³⁾.

Il Tribunale di Palermo ha pronunciato una sentenza per la dichiarazione di insolvenza – ai fini dell’ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria *ex d.lgs. n. 270/1999* – di una società per azioni rispetto alla quale il possesso dei suddetti requisiti non era stato pienamente provato,

⁽¹⁾ Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, il cui testo integrale può essere letto in www.ilfallimentarista.it.

⁽²⁾ Cfr. G. BETTAZZI, *Società in house insolvente. Contrasti giurisprudenziali sulla assoggettabilità a procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 2014; nonché A. DI MAJO, *Report sulla fallibilità delle società “in house”*, in www.ilfallimentarista.it, 2014. La vicenda ha avuto risonanza anche su alcuni quotidiani economici nazionali: S. LOCORATOLO, *Società in house, il nodo-fallimento*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 febbraio 2015, p. 21; C. D’ARIES, *L’in house salva dal fallimento*, in *Italia Oggi*, 3 ottobre 2014, p. 34; D. DI RUSSO, *Con l’esclusione dal fallimento deficit da ripianare*, in *Il Sole 24 Ore*, versione informatica (www.ilsole24ore.it), 13 gennaio 2014; M. CLARICH, *Società in house al nodo fallimento*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 novembre 2013, p. 27.

⁽³⁾ Trib. Teramo, 20 ottobre 2014, in www.ilfallimentarista.it.

specificando però che l'esito sarebbe stato lo stesso anche laddove fosse stata riconosciuta sussistente la qualifica di società *in house* ⁽⁴⁾.

Il Tribunale di Nola ha decretato l'ammissione a concordato preventivo con riserva di una società per azioni interamente controllata da un comune, rilevando che la mancanza di uno solo dei tre requisiti configuranti l'*in house providing* (nel caso di specie, quello riguardante l'attività esercitata) consente l'applicabilità dell'art. 161, co. IV L.F., lasciando così intendere che la contemporanea presenza dei tre requisiti conduce alla soluzione opposta, cioè alla non applicabilità della norma in questione ⁽⁵⁾.

Al contrario, i tribunali di Pescara e di Modena hanno accolto domande presentate ai sensi dell'art. 161, co. VI, L.F. da società dotate dei tre famosi requisiti, ritenendo ininfluyente tale circostanza ⁽⁶⁾.

Dal canto suo, il Tribunale di Verona ha respinto l'istanza volta alla dichiarazione in proprio del fallimento di una s.r.l., non ritenendola assoggettabile alla procedura in ragione delle sue caratteristiche di società *in house providing* ⁽⁷⁾.

Sconcertanti, infine, sono le oscillazioni del Tribunale di Napoli: in due occasioni i ricorsi volti ad ottenere la dichiarazione di fallimento di società *in house* sono stati respinti ⁽⁸⁾; in un'altra occasione i giudici partenopei hanno invece sostenuto che la qualifica di società *in house* non può in alcun modo comportare un'esenzione dal fallimento ⁽⁹⁾.

2. Le società *in house providing*. La ricostruzione prospettata dalle Sezioni Unite (Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283)

L'economia del presente lavoro non consente di ripercorrere l'intera parabola dell'*in house providing*, istituto giuridico plasmato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ⁽¹⁰⁾ (e di recente

⁽⁴⁾ Trib. Palermo, 13 ottobre 2014, in www.ilfallimentarista.it.

⁽⁵⁾ Trib. Nola, 30 gennaio 2014, in www.ilcaso.it.

⁽⁶⁾ Rispettivamente: Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in www.ilcaso.it.

⁽⁷⁾ Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in www.ilcaso.it e in www.quotidianogiuridico.it, 14 gennaio 2014, con nota di L. IMPARATO, *L'esenzione dal fallimento delle società in house dopo la sentenza n. 26283 delle Sezioni Unite della Cassazione*.

⁽⁸⁾ Trib. Napoli, 9 gennaio 2014, in www.ilcaso.it e in www.avvocaturastato.it, rassegna n. 1/2014, con nota di M. GERARDO; nonché Trib. Napoli, 1° agosto 2014, n. 547, in *Pubblica Amministrazione* 24, banca dati de *Il Sole 24 Ore*.

⁽⁹⁾ Trib. Napoli, 29 maggio 2014, in *Dir. fall.*, 2015, p. 66 e ss., con nota di S. CERVELLI, *Assoggettabilità al fallimento della società in house*.

⁽¹⁰⁾ Il primo puntuale riconoscimento dell'*in house providing* è avvenuto con la notissima sentenza *Teckal*: CGCE, V sezione, 18 novembre 1999, C-107/98, in www.curia.europa.eu. Per un recente *excursus* sulla giurisprudenza comunitaria in materia, V. DONATIVI, *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 765 e ss.

positivizzato con le direttive del 2014 in tema di appalti e concessioni) ⁽¹¹⁾, di cui le società *in house* sono la manifestazione più significativa ⁽¹²⁾.

Per una rapida panoramica sulle società in questione, conviene fare riferimento a una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283 ⁽¹³⁾): come si vedrà in prosieguo, la scelta di questa sentenza non è affatto casuale) con la quale i giudici del supremo consesso, tornando ancora una volta sul tema del riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società partecipate da enti pubblici ⁽¹⁴⁾,

⁽¹¹⁾ Direttiva 2014/23/UE, in materia di concessioni; Direttiva 2014/24/UE, in materia di appalti nei “settori ordinari”; Direttiva 2014/25/UE, in materia di appalti nei “settori speciali” (acqua, energia, trasporti, servizi postali).

⁽¹²⁾ Nel nostro ordinamento, infatti, il c.d. *provider* (ovverosia il soggetto dominato dalla p.a. e nei cui confronti essa può procedere ad affidamenti diretti) è costituito – nella stragrande maggioranza dei casi – da una società di capitali (S.p.a. e S.r.l.): cfr. S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 496. Tuttavia, si noti fin d’ora che il giudice comunitario nel coniare la definizione dell’istituto dell’*in house providing* ha volutamente utilizzato un linguaggio a-tecnico, descrivendo i presupposti di fatto (il “controllo analogo” e la “prevalenza dell’attività dedicata all’ente pubblico”) per la sua ricorrenza e alludendo a tali fatti senza tenere conto del loro possibile inquadramento giuridico secondo i vari ordinamenti nazionali. Di fronte al fenomeno dell’autoproduzione (o produzione fatta in casa: questo il significato dell’espressione “in house providing”) di beni, lavori e servizi, la Corte di giustizia – al fine di garantire un’applicazione omogenea del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni – ha di necessità adottato un criterio interpretativo che tenesse conto della logica intrinseca dei fatti e, anziché giustapporvi istituti giuridici conosciuti dai singoli Stati membri, ha individuato le condizioni di fatto che a suo giudizio costituiscono gli elementi strutturali della fattispecie. Per queste considerazioni, C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2007, p. 358. Il caso *Teckal*, ad esempio, riguarda un soggetto giuridico del tutto diverso da una società di capitali e cioè un consorzio tra comuni.

⁽¹³⁾ In *Giur. Comm.*, 2014, II, p. 5 e ss., con nota di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*; in *Soc.*, 2014, p. 55 e ss., con nota di F. FIMMANO’, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*; in *Fall.*, 2014, p. 33 e ss., con nota di L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*; in *Urb. app.*, 2014, p. 395 e ss., con nota di M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*. L’eco di tale pronuncia è stato sensazionale, e l’elevato numero dei commenti lo dimostra. A quelli già indicati, si aggiungono i seguenti: G. MONTEDORO, *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Foro amm. – TAR*, 2013, p. 3589 e ss.; V. CARBONE, *Responsabilità degli organi sociali*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 130 e ss.; K. MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 259 e ss.; S. DEL GATTO, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 490 e ss.; A. BARTOLINI, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all’organo-impresa*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1995 e ss.; M. DI LULLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti: (soltanto) le società “in house” che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro amm.*, 2014, p. 2498 e ss. R. URSI, *Il cammino disorientato delle c.d. società in house*, in *Dir. econ.*, 2014, p. 557 e ss.

⁽¹⁴⁾ Tema che, dopo anni di contrasti, ha trovato in Cass, S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, in www.iusexplorer.it, una definitiva composizione: in quell’occasione le S.U. hanno infatti sovvertito l’orientamento giurisprudenziale dominante negli anni precedenti, ammettendo la giurisdizione della 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 sociale; sulla scia di tale pronunciamento e di quelli successivi di analogo tenore, sempre a sezioni unite, 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. Al riguardo, fra i tanti, A. STICCHI DAMIANI, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica tra profili pubblicistici e privatistici*, in C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, 2011, p. 343 e ss.; A. BUCCARELLI, *Il sistema delle responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitali pubbliche*, in F. FIMMANO’ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, p. 403 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.; L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 323 e ss.; G. LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: tra regime privatistico*

hanno proceduto ad indentificare i connotati qualificanti delle società *in house providing*, costituite per finalità di gestione di pubblici servizi.

Dette società, ricordano le S.U., sono definite dai tre famosi requisiti, vale a dire *“la natura esclusivamente pubblica dei soci, l’esercizio dell’attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici”*, con un’importante precisazione: *“s’intende che, per poter parlare di società in house, è necessario che detti requisiti sussistano tutti contemporaneamente e che tutti trovino il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale”*.

Dopo una rapida analisi dei primi due requisiti (natura esclusivamente pubblica dei soci e prevalente destinazione dell’attività in favore dell’ente o degli enti partecipanti alla società), le S.U. si soffermano sul cosiddetto controllo analogo. *“Quel che rileva – osservano i giudici di legittimità – è che l’ente pubblico 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 proprio 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”*.

La natura esclusivamente pubblica dei soci, la prevalente destinazione dell’attività in favore degli stessi e il controllo analogo – quest’ultimo in particolare – rendono evidente, ad avviso delle S.U., *“l’anomalia del fenomeno dell’in house nel panorama del diritto societario”*.

In particolare, *“ciò che è davvero 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 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”*. Nella società *in house*, infatti, si realizza una *“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”*.

e regime pubblicistico-contabile, in *Dir. econ.*, 2012, p. 64 e ss.; M. MACCHIA, *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 381 e ss.

Ne discende “*l'impossibilità stessa d'individuare nella società un centro d'interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico che la ha costituita e per il quale essa opera*”. La società *in house* non sembra cioè “*in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come una propria articolazione interna*”.

Questa, allora, la conclusione cui pervengono le S.U.: “*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 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*” (15).

In definitiva, sulla base della ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è possibile affermare che la società *in house* non è soggetto giuridico distinto rispetto all'ente pubblico che la partecipa (16).

3. Il dibattito sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica. Il fondamentale contributo della Cassazione (Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209)

Il tema della fallibilità delle società *in house providing* si è posto in modo netto all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza solo successivamente alla citata sentenza dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, della quale si sono riportati i passaggi più significativi (17).

(15) È questo il passaggio che – oltre ad influenzare in modo significativo il dibattito sulla fallibilità delle società *in house (infra)* – determina, nel caso concreto, la soluzione del conflitto di giurisdizione in favore della Corte dei conti. Nelle pagine successive, infatti, le S.U. osservano 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, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori... 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*”. L'argomentazione delle S.U. è così sintetizzata da R. URSI, *op. cit.*, p. 560: “*posto che per tali società il postulato dell'affidamento diretto è la sostanziale mancanza di alterità soggettiva in considerazione del controllo esercitato dal socio pubblico, allora si genera una separazione patrimoniale caratterizzata dalla medesima titolarità, la quale, appunto, incardina la responsabilità erariale dell'amministratore in presenza di un danno gestionale ingiusto*”.

(16) F. FIMMANO, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza, in Crisi d'Impresa e Fallimento*, in www.ilcaso.it, 8 aprile 2014, p. 38: “*La società in house... non sarebbe un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna*”.

Da notare il fatto che la sentenza in parola ha inaugurato un vero e proprio orientamento, che può ormai dirsi consolidato: Cass., S.U., 2 dicembre 2013, n. 26936, in www.iusexplorer.it; Cass., S.U., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Soc.*, 2014, p. 953 e ss., con nota di F. CERIONI, *La Cassazione procede alla riqualificazione soggettiva delle “società pubbliche” iniziando da quelle “in house”*; Cass., S.U., 26 marzo 2014, n. 7177, in www.iusexplorer.it; Cass., S.U., 9 luglio 2014, n. 15594, in www.iusexplorer.it; Cass., S.U., 24 ottobre 2014, 22609, in www.iusexplorer.it; Cass., S.U., 24 marzo 2015, n. 5848, in www.dirittodeiserviziubblici.it.

(17) Per la giurisprudenza, valgono le indicazioni di cui in *Premessa*. Per la dottrina invece: C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 511 e ss.; F. VESSIA, *Società in house*

Precedentemente a tale sentenza, infatti, il problema del trattamento da riservare alla società *in house* insolvente era assorbito nell'alveo del più ampio dibattito sulla assoggettabilità al fallimento e alle altre procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica complessivamente intese. Il perché si può intuire: le società *in house* sono *in primis* una corporazione caratterizzata dalla totale partecipazione pubblica; esse costituiscono, cioè, una fetta del fenomeno della titolarità da parte di soggetti pubblici di quote di partecipazione in società di capitali (fermo restando che, ovviamente, non tutte le società a totale partecipazione pubblica sono *in house*, necessitando la presenza delle ulteriori condizioni del controllo analogo e della prevalenza dell'attività dedicata).

È con il citato arresto delle S.U. che il quadro è cambiato, e la fallibilità delle società *in house* ha assunto il rango di problema – per così dire – autonomo. Sul punto, però, torneremo più avanti.

Il dibattito sulla assoggettabilità al fallimento e alle altre procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica è cominciato con la pronuncia di un Tribunale fallimentare campano che, sulla base di alcuni “*indici rivelatori*”, ha attribuito ad una società di servizi a partecipazione pubblica la natura di ente pubblico e, per l'effetto, l'ha dichiarata esente da fallimento ai sensi dell'art. 1 L.F. (18).

Ciò che ne è seguito è stato un vero e proprio scisma che ha visto contrapporsi da un lato i fermi sostenitori dell'orientamento tradizionale (19), secondo cui le società a partecipazione pubblica, in quanto imprenditori commerciali di natura privata, sono senza ombra di dubbio soggetti alle norme sul fallimento; dall'altro, i seguaci del neonato filone revisionista, aperto ad una ridefinizione – in senso ampliativo – della *no failure zone*.

providing e procedure concorsuali, in *Dir. fall.*, 2015, p. 142 e ss.; F. FIMMANO, *Insolvenza dell'imprenditore “società pubblica”, gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 258 e ss.; M. DI FABIO, *Sull'assoggettabilità a procedure concorsuali delle società in house providing*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 300 e ss.; L. MACCHIARULO, *Il fallimento di una società pubblica di trasformazione urbana: il caso Bagnoli Futura*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 328 e ss.; G. CARMELLINO, *Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2015, p. 361 e ss.; E. CODAZZI, *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 74 e ss.; G. BERSANI, *L'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale alla c.d. “società in house”*, in *Fisco*, 2014, p. 1663 e ss.; C. PECORARO, *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze del quadro di riferimento*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 701 e ss.; M. MAZZAMUTO, *Fallibilità o meno delle società in house tra diritto privato e diritto pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (UE)*, in *Dir. econ.*, 2014, p. 550 e ss.; W. GULIETTI, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in www.giustamm.it, 2014.

(18) Trib. S. Maria C.V., 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, p. 713 e ss., con nota di G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*

(19) Orientamento risalente nel tempo: v. Cass., 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fall.*, 1979, p. 593 e ss. Come ricorda L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 603 e ss., per lungo tempo nessuno mai aveva dubitato del fatto che le società partecipate da enti pubblici fossero sottoposte al diritto comune e allo statuto dell'imprenditore commerciale, ivi comprese le procedure concorsuali. A riaffermare tale insegnamento sono stati, tra gli altri, Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Nola, 17 giugno 2010, www.ilcaso.it; App. Napoli, 27 maggio 2013, e App. Napoli, 24 aprile 2013, entrambe in *Fall.*, 2013, p. 1290 e ss., con nota di F. FIMMANO, *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*; Trib. Benevento, 29 agosto 2013, in www.ilcaso.it.

Tuttavia, questa seconda corrente di pensiero non costituiva un fronte compatto, dal momento che diverse erano le argomentazioni impiegate per giustificare l'esenzione dal fallimento delle società partecipate da enti pubblici.

In estrema sintesi, la prima impostazione, c.d. metodo tipologico, è fondata sull'idea per cui la disciplina della singola società partecipata può essere ricostruita solo dopo aver accertato gli indici rivelatori della sua natura, pubblica o privata; 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 via ⁽²⁰⁾.

Diversamente, la seconda impostazione, c.d. metodo funzionale, basandosi sull'analisi delle finalità perseguite e degli interessi protetti in una determinata materia, perviene ad un'applicazione a scacchi delle disposizioni di diritto pubblico e di diritto privato, che prescinde dalla individuazione della natura del soggetto ⁽²¹⁾. Vediamo rapidamente come.

Nella materia fallimentare particolare importanza riveste l'art. 1 L.F., che esclude gli enti pubblici dalla soggezione alle norme sul fallimento. Secondo un'opinione consolidata, il fondamento

⁽²⁰⁾ Cfr. G. POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 563, spec. 576-577: gli "indici di pubblicità vengono...ricondotti essenzialmente a due distinti aspetti: quello gestionale e quello dell'attività della società", e "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". Tale impostazione è ispirata alla giurisprudenza del giudice amministrativo, da sempre particolarmente incline a riqualificare "in senso pubblicistico" le società a partecipazione pubblica: Cons. Stato, VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in www.iusexplorer.it; Cons. Stato, IV, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 846 e ss., con nota di P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*; Cons. Stato, IV, 12 febbraio 2007, n. 550, in www.iusexplorer.it; Cons. Stato, VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 52 e ss., con nota di G. SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*; Cons. Stato, VI, 11 gennaio 2013, n. 122, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, p. 222, con nota di A. NICODEMO, *Società pubbliche: attività d'impresa e attività amministrativa*. Gli stessi giudici del Tribunale di S. Maria C.V. (*supra*, nota 18) richiamano, a conforto della propria decisione, "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". Successivamente, hanno fatto proprie le argomentazioni utilizzate dal tribunale campano: Trib. Patti, 6 marzo 2009, in www.iusexplorer.it; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in www.ilcaso.it.

⁽²¹⁾ Cfr. E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d'insolvenza*, in F. FIMMANO' (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 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". Fanno applicazione di tale metodo, App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, p. 689 e ss., con nota di G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 869 e ss., con nota di G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*. La teorizzazione di questa impostazione, avvenuta in ambito pubblicistico, si deve a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 171 e ss., spec. 177-178 ; ID., *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 e ss., spec. 822 e ss.

di tale esclusione è da ricercarsi, per un verso, nella incompatibilità dell'esecuzione generale, che caratterizza la procedura fallimentare, con la necessità di non ostacolare l'ente nella sua attività di cura dell'interesse pubblico ⁽²²⁾; per altro verso, nella esigenza di rispettare la sovranità degli organi politici nella gestione dell'attività dell'ente pubblico ⁽²³⁾.

Ebbene, alla luce di queste considerazioni, alcuni Tribunali hanno reputato che considerazioni simili potessero riguardare anche le società a partecipazione pubblica, allorquando le stesse siano da considerarsi necessarie per l'ente pubblico ovvero siano incaricate di svolgere attività di servizio pubblico essenziale. In circostanze del genere si è ritenuto infatti che l'eventuale apertura della procedura concorsuale andrebbe a ledere in maniera inevitabile quegli interessi pubblici che l'esenzione di cui all'art. 1 L.F. vuole salvaguardare ⁽²⁴⁾.

Dopo le aspre critiche mosse dalla (maggior parte della) dottrina ⁽²⁵⁾, la svolta è giunta con la sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013, con cui la Cassazione ha avuto modo di affrontare l'annoso problema relativo alla fallibilità delle società a partecipazione pubblica, pervenendo “*ad una serie di conclusioni sistematiche assolutamente rilevanti*” ⁽²⁶⁾. In particolare, la Suprema Corte ha affermato

⁽²²⁾ È infatti noto che l'apertura della procedura fallimentare determina lo spossessamento del debitore dei beni aziendali (art. 42, co. I, L.F.) e, salvo il caso in cui venga immediatamente disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104, co. I, L.F.), la cessazione dell'attività d'impresa. Di talché, le particolari finalità (pubblicistiche) che improntano l'azione degli enti pubblici resterebbero frustrate in caso di soggezione degli stessi al fallimento, attesa la funzione liquidatoria della procedura e le modalità di attuazione della stessa: G. CAPO, *Fallimento e impresa*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE-A. BASSI, Padova, 2010, I, p. 50; S. FORTUNATO, *Commento all'art. 1*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, Bologna, 2006, I, p. 57; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di M. BOCCHIOLA-A. PALUCHOWSKI, Milano, 2002, p. 70.

⁽²³⁾ Non a caso, per gli enti pubblici in crisi normalmente è prevista la sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa, procedura più consona, poiché in grado di assicurare all'autorità amministrativa il “controllo” dell'ente anche nella fase di crisi dello stesso (controllo che, viceversa, verrebbe inevitabilmente meno in una procedura giudiziaria come il fallimento): v. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, p. 65.

⁽²⁴⁾ In tal senso, particolarmente esplicative le parole di Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, cit., in cui si dà atto dell'esistenza di “*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*”, per poi aggiungere: “*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*”. Tale orientamento ha trovato accoglimento presso numerosi tribunali: v., per tutti, Trib. Alessandria, 9 luglio 2013, in www.iusexplorer.it. In dottrina, condividono l'approccio funzionale: G. D'ATTORRE (da ultimo in), *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 2014, p. 493 e ss.; G. PAGANO, *Società in house ed ammissione delle stesse alle procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 466 e ss.; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013, p. 35 e ss., spec. 42 e ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. G. POSITANO, *Il fallimento...*, p. 579 e ss.; L.E. FIORANI, *Società “pubbliche” e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 532 e ss.; L. SALVATO, *I requisiti...*, p. 616 e ss.; S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in F. FIMMANO' (a cura di), *Le società pubbliche...*, p. 307 e ss.; E. SORCI, *Le società...*, p. 370 e ss.

⁽²⁶⁾ P. PIZZA, *La Cassazione chiarisce che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento. Fine di un problema?*, in www.ilfallimentarista.it, 2014. La sentenza in parola – il cui testo integrale è consultabile in

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 di 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”.

Se quello appena riportato è senza ombra di dubbio il passaggio più interessante della decisione²⁷, anche altri punti dell’iter argomentativo meritano attenzione.

Innanzitutto la Corte, pur riconoscendo l’ampia varietà di “società c.d. pubbliche” esistenti (28), rammenta che il quadro normativo generale non è cambiato, dal momento che “il legislatore ha ribadito la scelta favorevole alla riconducibilità delle società pubbliche fra quelle di diritto comune sia con il d.lgs. n. 3/03 di riforma del diritto societario, che ha sostituito gli artt. 2458/4260 gli artt. 2449 e 2450 c.c....sia con il d.lgs. n. 5/06 di riforma del diritto fallimentare, che non ha modificato l’art. 1 comma 1° del R.D. n. 267/42”. E “neppure le innumerevoli disposizioni normative speciali che, nel corso degli anni, sono state emanate in tema di società pubbliche costituiscono un corpus unitario, sufficiente a regolamentarne attività e funzionamento ed a modificarne la natura di soggetti di diritto privato, così da sottrarle espressamente alla disciplina civilistica”. Quanto alla progressiva estensione di discipline pubblicistiche (29) voluta dal legislatore per le società in questione, i giudici

Foro it., 2014, I, p. 113 e ss. – ha ad oggetto l’applicabilità della disciplina fallimentare ad una società a responsabilità limitata partecipata per il 51% da un ente pubblico e affidataria in concessione della realizzazione e gestione di un impianto per lo stoccaggio e lo smaltimento di rifiuti solidi urbani. Come sottolineato da F. FIMMANO, *Le società in house...*, p. 17, e da L. PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in www.ilfallimentarista.it, 2013, p. 7, questa sentenza “chiude il cerchio” aperto da Cass., I, 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fall.*, 2013, p. 1273 e ss., con nota di L. BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*, la quale aveva stabilito che le società a partecipazione pubblica costituite nelle forme previste dal c.c. ed aventi ad oggetto attività commerciale acquistano la qualità di imprenditore commerciale sin dal momento della costituzione e non dal momento dell’inizio dell’esercizio dell’attività, rimanendo assoggettabili *ab origine* al fallimento.

(27) Si tratta, infatti, di una fondamentale indicazione “circa il metodo da seguire nella scelta della disciplina applicabile e, nello specifico, nella scelta in merito all’applicabilità a tali società della normativa fallimentare”: così, S. DEL GATTO, *Le società...*, p. 491.

(28) Come ricordano i giudici di legittimità, esistono società “a partecipazione integralmente pubblica o mista, pubblica-privata, o sottoposte ad una particolare influenza da parte di enti pubblici, aventi ad oggetto la gestione non solo di beni di proprietà pubblica, ma di servizi di interesse pubblico, in precedenza erogati dallo Stato o dagli enti territoriali attraverso aziende municipalizzate”. In dottrina, già quindici anni orsono si discorreva – con riferimento alle partecipazioni pubbliche – di “vero e proprio arcipelago senza criteri unificanti”: G. MORBIDELLI, *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2001, p. 259 e ss.

(29) Già ampiamente evidenziata dalla dottrina, sia amministrativistica (F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, p. 143 e ss.) sia commercialistica (C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI (a cura di), *op. cit.*, p. 1 e ss., spec. 21 e ss.). Più in generale, sulle interferenze e commistioni tra regimi pubblicistici e privatistici tra passato e presente, F. ITALO, *L’attività contrattuale della pubblica Amministrazione*, in *Urb. app.*, 2014, p. 1129 e ss.

di legittimità affermano 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 disciplina privatistica”. E anche laddove è stata la giurisprudenza a ritenere applicabili a società di capitali determinate norme pubblicistiche, ciò è avvenuto nel rispetto del principio giurisprudenziale costantemente enunciato 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” (30).

Ripercorsa così l’evoluzione delle società partecipate da enti pubblici, la Corte prende posizione contro “la tesi, di recente avanzata anche nella giurisprudenza di merito”, secondo la quale “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”. La critica, palesemente indirizzata ai sostenitori del metodo tipologico, si fonda su diversi rilievi: in primis, sulla “perdurante vigenza del principio generale stabilito dall’art. 4 della l. n. 70/75, che, nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, evidentemente richiede che la qualità di ente pubblico, se non attribuita da una espressa disposizione di legge, debba quantomeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco”; in secondo luogo, su “un’analisi del fenomeno societario nelle diverse fasi che lo caratterizzano” (31), all’esito della quale risulta confermato “l’assunto...secondo cui non è possibile enucleare, in via descrittiva, uno statuto unitario

(30) Numerosissime le sentenze che si sono espresse in tal senso. Oltre a quelle citate direttamente dalla Corte in motivazione, Cass., S.U., 11 gennaio 2011, n. 392, in *Giur. comm.*, 2012, p. 114 e ss.; Cass., S.U., 20 marzo 2008, n. 7447, in www.iusexplorer.it; Cass., S.U., 6 maggio 1995, n. 4991 (c.d. Siena Parcheggi), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1056 e ss. Da qui il corollario, evidenziato da G. DORIA, *Osservazioni in tema di insolvenza di società a partecipazione pubblica*, in www.amministrativamente.it, 2014, pp. 7-8, sul piano fallimentare: “In assenza di una espressa disposizione di legge, il verificarsi di una situazione di insolvenza rilevante ex art. 5 L.F. non sembra poter esentare la società dal fallimento per la sola circostanza (iniziale ovvero sopravvenuta all’atto di costituzione) che il capitale sociale sia partecipato dallo Stato ovvero da enti pubblici”.

(31) Per prima cosa, secondo la Corte 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 della P.A., si forma e si manifesta secondo le regole del diritto privato. Sempre attuale il tema (della natura) degli atti di nomina e di revoca dei componenti degli organi, sul quale v. A. CAPRARA, *La revoca del sindaco nominato dal socio pubblico è un affare (di diritto) privato*, in *Soc.*, 2013, p. 1036 e ss.; nonché 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. Deve altresì escludersi, secondo la Corte, 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 contraenti contemplate dalla disciplina privatistica. Da ultimo, la Corte osserva che l’eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non appare sufficiente ad escludere che la natura giuridica e le regole di organizzazione di una società partecipata restino quelle proprie di una società di capitali, disciplinata in via generale dal codice civile.

delle società in mano pubblica, le quali (come può accadere anche a società a capitale interamente privato) sono assoggettate alle normative pubblicistiche nei settori di attività in cui assume rilievo la natura pubblica dell'interesse perseguito, da realizzare attraverso disponibilità finanziarie pubbliche, senza che per questo possa predicarsene l'appartenenza ad un tertium genus, qualificabile come società-ente, sottratto in toto al diritto comune”.

Nelle restanti pagine della motivazione, la critica della Corte è tutta per il metodo funzionale⁽³²⁾. Innanzitutto i giudici di legittimità evidenziano che ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto³³: “*se così non fosse, seguendo fino in fondo la tesi, si dovrebbe giungere alla conclusione – fanno notare gli ermellini – che anche le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale sarebbero esentate dal fallimento*”. Ad una prima obiezione di ordine logico, seguono le obiezioni di ordine positivo.

La legge n. 134/08, ad esempio, prevede la possibilità di sottoporre alla procedura di amministrazione straordinaria le grandi imprese che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, da ciò derivando – osserva la Corte – che sarebbe “*privo di coerenza*” un sistema che sottrae dalle procedure concorsuali i gestori di servizi pubblici essenziali che non raggiungono certe soglie dimensionali (quelle necessarie per accedere all'amministrazione straordinaria). In tema di società partecipate da enti locali, poi, la disciplina ricavabile dagli artt. 112-118 del T.U.E.L. (d.lgs. 267/2000) mantiene fermo il principio della separatezza fra titolarità degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, che devono restare di proprietà degli enti, e attività di erogazione dei servizi, che può essere affidata anche a soggetti privati: il fallimento della società partecipata non preclude dunque all'ente locale, rimasto proprietario dei beni necessari all'esercizio di un determinato servizio, di affidarne la gestione ad un nuovo soggetto. Da ultimo, il pericolo derivante dal rischio di interruzione del servizio, per il lasso di tempo necessario all'ente locale per individuare un nuovo gestore, può essere evitato attraverso il ricorso all'esercizio provvisorio dell'impresa disposto con la sentenza dichiarativa di fallimento, previsto dall'art. 104, co. I, L.F. Su questo specifico punto la Corte richiama – condividendola – la tesi secondo cui nel

⁽³²⁾ Il quale, utilizzando le parole dei giudici di legittimità, “*si sostanzia nell'affermazione che la verifica dell'applicabilità alle società in mano pubblica di discipline di settore pubblico o privato, in difetto di specifiche disposizioni normative, va compiuta di volta in volta, a seconda della materia di riferimento ed in vista degli interessi tutelati dal legislatore. In tale ottica...non potrebbero essere dichiarate fallite le società partecipate...aventi carattere necessario per l'ente territoriale, ovvero quelle che svolgono un servizio essenziale, la cui esecuzione continuativa e regolare verrebbe ad essere pregiudicata dalla dichiarazione di fallimento*”.

⁽³³⁾ E corrispettivamente, dunque, a fallire è l'imprenditore e non l'impresa: L. DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, p. 10; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 10.

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 possono rientrare i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dalla società fallita⁽³⁴⁾. Ciò, peraltro, non comporterebbe alcuna inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria all'autorità amministrativa: quest'ultima, che aveva in precedenza scelto il soggetto cui affidare la gestione, "*continuerebbe ad intrattenere con questo, per la durata dell'esercizio, i medesimi rapporti che vi intratteneva prima della dichiarazione di fallimento*".

Tirando le fila, secondo i giudici di legittimità non esistono valide ragioni per esentare dal fallimento le società partecipate da enti pubblici.

La sentenza n. 22209/13 sembra stroncare alla radice qualunque tentativo volto ad includere le società in questione nella previsione derogatoria riservata dal legislatore agli enti pubblici.

Ecco allora la fatidica domanda: da dove nasce l'incertezza di cui abbiamo dato conto in premessa, dove si è visto che i Tribunali fallimentari, chiamati a pronunciarsi sulla fallibilità di società a partecipazione pubblica dotate dei requisiti propri dell'*in house providing* (e molto spesso incaricate della gestione di pubblici servizi), navigano a vista, giungendo a soluzioni diametralmente opposte?

⁽³⁴⁾ Cfr. F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, Padova, 2007, p. 385 e ss., spec. 393; F. FIMMANO', *Commento all'art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 2007, II, p. 1576 e ss., spec. 1600; G. BOZZA, *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, in *Fall.*, 2014, p. 849 e ss., spec. 858. A far propendere per tale opzione interpretativa è, da un lato, la formulazione stessa della norma: v. la limpida esegesi di A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *op. cit.*, pp. 233-234. Dall'altro, le parole della Relazione accompagnatoria del d.lgs. 5/2006, che descrivono l'istituto 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 migliore 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 nocimento*": v. le puntuali osservazioni svolte da 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., spec. 131 e ss.

Merita di essere evidenziato un ulteriore profilo che avvalorava quanto già affermato dalla Cassazione in merito alle "*potenzialità*" dello strumento in esame. L'adozione della misura ex art. 104, co. I, L.F. incide indirettamente anche sulla fase prefallimentare, atteso che onera il tribunale di effettuare, insieme all'accertamento dell'insolvenza, anche la verifica sui presupposti che rendano opportuno o necessario l'esercizio provvisorio (cfr., *ex multis*, B. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA-L. PANZANI, Torino, 2009, II, p. 1163 e ss., spec. 1169). Per tale ragione non è da escludere un ricorso all'esercizio provvisorio già prima della sentenza dichiarativa di fallimento, sfruttando appieno l'art. 15, co. VIII (riguardante le misure cautelari), ad esempio per nominare un amministratore giudiziario dell'impresa, vale a dire un "*curatore provvisorio*": M. FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, in M. FABIANI-A. PATTI (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, p. 30; M. FABIANI, *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento come tecnica di conquista dell'impresa insolvente*, in G. PALMIERI (a cura di), *Temi del nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, p. 53 e ss.; F. FIMMANO', *L'esercizio provvisorio "anticipato" dell'impresa "fallenda" tra spopolamento cautelare dell'azienda e amministrazione giudiziaria della società*, in www.ilcaso.it, 2010; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, p. 58; A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano, 2013, p. 60 e ss.; M. SIMEON, *La tutela cautelare nell'istruttoria prefallimentare*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 934 e ss.

4. I contrapposti orientamenti sulla fallibilità delle società *in house* espressi dai Tribunali fallimentari. La soluzione adottata dal Tribunale di Reggio Emilia

La risposta alla domanda con la quale si è concluso il paragrafo precedente si può leggere in filigrana nelle parole della già citata pronuncia delle S.U., n. 26283/13.

Com'è stato notato in dottrina, *“per fondare la giurisdizione contabile sui danni provocati al patrimonio della società in house dai suoi amministratori, le Sezioni unite non intervengono sul c.d. rapporto di servizio, né su indici di tipo sostanziale da accertare di volta in volta, società per società”*, ma *“puntano...specificamente sulla particolarità del modello in house”* ⁽³⁵⁾. Questo *modus operandi* ha un notevolissimo impatto sistematico, *“perché incide addirittura sulla stessa alterità soggettiva tra ente pubblico e società in house”*, dal momento che quest'ultima *“sembra perdere la sua identità di soggetto giuridico e persona giuridica autonoma ed è, in definitiva, equiparata ad un ufficio-organo della p.a.”* ⁽³⁶⁾.

In sostanza, a far vacillare – seppur con effetto limitato alle società *in house* – le conclusioni raggiunte dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 22209/13 è stata, a distanza di pochi mesi, la Cassazione stessa ⁽³⁷⁾. Chiare, in tal senso, le parole del Tribunale di Reggio Emilia: *“alcuni autori traggono spunti da Cass. Sez. Un. 26238/2013...per sostenere che non vi è distinzione tra ente pubblico e società e che, dunque, anche quest'ultima riveste le caratteristiche dell'ente pubblico (non assoggettabile a procedure concorsuali)”*.

Il Tribunale di Verona, ad esempio, ha affermato che l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo prevista per gli enti pubblici dall'art. 1 L.F. deve essere applicata anche alle società *in house*, non essendo configurabile – come insegnano le S.U. – un rapporto di alterità tra l'ente pubblico socio e la società partecipata.

⁽³⁵⁾ F. CINTIOLI, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, 2014, in www.giustamm.it, p. 15.

⁽³⁶⁾ F. CINTIOLI, *Società...*, p. 15. Non per niente l'Autore si interroga sulla tenuta del sistema a fronte di una simile operazione compiuta dalle S.U.: *“Il problema che l'interprete deve porsi è di capire se una tale classificazione possa...andare oltre lo scopo per cui è stata affermata e utilizzata nella sentenza”* (p. 16).

⁽³⁷⁾ Tra i primi a cogliere il *“contrasto”* tra Cass. n. 22209/13 e Cass. n. 26283/13, L. PANZANI, *La fallibilità...*, p. 10; P. PIZZA, *La Cassazione...* Nonché, con particolare nitidezza, W. GIULIETTI, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, 2014, in www.giustamm.it: *“Nemmeno le conclusioni...in merito all'applicazione della disciplina sul fallimento sembrano destinate a stabilità laddove...le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto con sentenza n. 26283 del 2013, relativamente alle sole società in house, la soggezione degli amministratori al regime della responsabilità amministrativa, facendo leva, limitatamente a questo tipo di partecipazione – che più rettamente costituisce una tipologia di affidamento –, proprio sulla critica alla distinzione soggettiva ed all'autonomia patrimoniale intercorrente tra socio pubblico e società”*. Invero, tali considerazioni, seppur *“utilizzate per fondare l'estensione dell'ambito della giurisdizione del giudice contabile, nonché l'applicazione della normativa sostanziale in materia di danno erariale, sono suscettibili di avere una portata estensiva e di incidere anche sulla questione della fallibilità di dette società in ragione dell'apparato motivazionale a cui la Suprema Corte ha fatto ricorso”*.

L'influenza di quanto affermato dalle S.U. è altresì evidente nella decisione assunta dal Tribunale di Napoli in data 9 gennaio 2014. I giudici partenopei, "prendendo le mosse dal recentissimo intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che si è occupata del tema [delle società in *house providing*], pur se a fini diversi", hanno ritenuto di poter porre in discussione le conclusioni raggiunte con la sentenza n. 22209/13. Infatti, anche se la nota ricostruzione del fenomeno dell'*in house providing* è stata effettuata dalle S.U. ai fini del riparto di giurisdizione in merito all'azione di responsabilità degli organi di amministrazione, il Tribunale di Napoli reputa che "analoghe conclusioni siano da prendere anche relativamente alla questione dell'assoggettabilità della società in *house* alla disciplina del fallimento", pertanto, "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" (38).

In estrema sintesi, una parte della giurisprudenza di merito effettua il seguente ragionamento: se le società in *house* sono mere articolazioni interne degli enti pubblici soci, esse condividono con essi la natura pubblica e perciò godono dell'esenzione dal fallimento prevista dall'art. 1 L.F. (39).

(38) Pressoché identiche le affermazioni contenute in un'altra pronuncia del Tribunale di Napoli, quella del 1° agosto 2014 (*supra*, nota 8). Sulla stessa linea di pensiero si colloca il Tribunale di Nola (*supra*, nota 5). Quest'ultimo, riscontrato che la ENAM S.p.a., pur essendo interamente partecipata dal Comune di Pomigliano d'Arco (e pur essendo statutariamente impedito il trasferimento delle azioni a soggetti diversi da enti pubblici), non può essere considerata società in *house* (stante la mancanza dei requisiti dell'attività dedicata e del controllo analogo), la ammette alla procedura di concordato preventivo. Tuttavia, in un passaggio della motivazione, i giudici di Nola fanno notare che "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)". Proprio in questo secondo gruppo rientrerebbero le società in *house*.

(39) In effetti, osserva M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 553, "L'argomento utilizzato, cioè l'unicità della persona giuridica in capo all'ente pubblico, ha prima facie una tale valenza strutturale da lasciar logicamente supporre che della qualificazione societaria rimanga un formale, quanto inutile, simulacro e che in definitiva ci si trovi puramente e semplicemente di fronte ad un ente pubblico con tutto ciò che ne consegue in termini di uniforme e non articolata individuazione del regime giuridico".

In dottrina, sembrano concordare con la soluzione prospettata dai Tribunali testé citati S. SCICCHITANO, intervento al Convegno *Il fallimento delle società pubbliche*, tenutosi in Roma in data 10 giugno 2014, in www.studioscicchitano.it; G. DORIA, *op. cit.*, p. 12 e ss. In particolare, quest'ultimo osserva che "la disamina della natura dell'attività, unitamente agli elementi strutturali del capitale e della organizzazione, inducono a suffragare l'opportunità di una riqualificazione di questa specie di società [la società in *house*] in un organismo di diritto pubblico: con la conseguenza...della estensione della esenzione dal fallimento (riservata dall'art. 1 l.f. agli enti pubblici) per l'inconfigurabilità di un'autonoma impresa collettiva. Laddove infatti la società risulti costituita allo scopo di una gestione di servizio sostanzialmente interna (perciò definita in *house*, in quanto svolta principalmente in favore del socio pubblico) e sottoposta al controllo analogo (ex art. 113 TU enti locali), l'elemento formale della società non appare sufficiente a impedirne la riqualificazione giuridica. Difatti, anche ammessa una distinta soggettività giuridica dall'ente pubblico, la stessa si risolve in una fictio strutturale che non lascia spazio ad una gestione che si possa qualificare propriamente associativa nello svolgimento dell'impresa

I giudici del Tribunale di Reggio Emilia ritengono invece che le argomentazioni poste a sostegno della non fallibilità delle società *in house* non siano condivisibili e, soprattutto, che non sia dirimente l'arresto delle S.U. relativo alla giurisdizione della Corte dei Conti. Con specifico riferimento a quest'ultimo, essi condividono il diverso orientamento che, al fine di salvaguardare i fondamentali principi (di uguaglianza, di affidamento, di parità di trattamento) che la soggezione alle procedure concorsuali presidia, assegna al pronunciamento delle S.U. una valenza per così dire settoriale.

Il primo a orientarsi in questo senso è stato il Tribunale di Modena, il quale ha affermato che – sebbene *“i principi enunciati dalle Sezioni Unite sembrano far concludere per un diverso statuto delle società in house in crisi economica e finanziaria”* – *“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”*; queste hanno infatti evidenziato come la normativa in tema di società partecipate da enti pubblici abbia assunto *“un carattere frammentario”*, *“frutto di esigenze contingenti”* che impediscono alla stessa di acquisire *“una valenza sistematica”*, capace di andare oltre il dettato della singola disposizione; pertanto, *“parrebbe quanto mai azzardato di voler trarre argomenti di carattere generale”* da una disciplina che *“non ha tuttora assunto le caratteristiche di un sistema concluso ed a sé stante”*. Ecco allora la conclusione dei giudici modenesi: *“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”*.

Sulla base di questa impostazione ⁽⁴⁰⁾, il Tribunale di Reggio Emilia ha dichiarato il fallimento della Mo. S.r.l.

5. I rischi connessi allo squarcio del velo della personalità giuridica

collettiva...Si tratta piuttosto di un'attività di servizio interdipartimentale entro cui la costituzione della società risulta funzionale esclusivamente ad un'articolazione organizzativa dell'ente pubblico. Rispetto dunque all'attività istituzionale oggetto di questa società del tutto speciale, l'eventuale instaurazione di rapporti contrattuali con terzi viene ad assumere un carattere assolutamente marginale”.

⁽⁴⁰⁾ Condivisa, ad es., anche da Trib. Palermo, cit. Cfr. L. SALVATO, *Riparto...*, pp. 47-48.

A rendere dubbia la fallibilità delle società *in house* ha contribuito in maniera decisiva la sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione n. 26283/13 ⁽⁴¹⁾; sentenza “*che chiama le categorie della tradizione a dura prova e forse a fatale confronto*” ⁽⁴²⁾.

Secondo la Corte, nella fenomenologia *in house* la società finisce con il divenire un mero nome, evocativo di una categoria, ma non di un regime giuridico ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Cass. n. 22209/13, censurando tanto il metodo tipologico quanto il metodo funzionale, aveva di fatto chiuso la questione. Le società *in house*, infatti, non venivano esentate dal fallimento in quanto tali, cioè per il fatto di essere società dotate dei tre famosi requisiti che legittimano affidamenti diretti da parte della p.a. Scorrendo le pronunce dei tribunali fallimentari, ci si rende conto che le società *in house*, spesso incaricate dell'erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 113 T.U.E.L., venivano perlopiù qualificate come società “*necessarie*” e, per l'effetto, sottratte alle procedure concorsuali in ossequio ai dettami del metodo funzionale. Per tutte: Trib. Latina, 20 settembre 2013, in www.ilfallimentarista.it; Trib. La Spezia, 21 marzo 2013, in www.ilfallimentarista.it, con nota di A.M. LEOZAPPA, *Ammissibilità del concordato preventivo di società pubblica erogante servizi di interesse generale*, nonché in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 462 e ss., con nota di G. PAGANO, *op. cit.*

⁽⁴²⁾ N. IRTI, *Problemi di metodo e società per azioni (intorno a un trattato di Carlo Angelici)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 684. Come notato da M. ANDREIS, *op. cit.*, p. 407, “*in linea teorica le ripercussioni del disegno complessivamente tracciato dalle Sezioni Unite sono molteplici*”, ponendosi così un'alternativa fra “*almeno due diverse prospettive*”: “*La prima è quella 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. Altra strada, ovviamente, è quella 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 organizzazione e responsabilità, ma di regime dei rapporti, relazioni tra imprese, forme di tutela*”.

⁽⁴³⁾ “*La lunga marcia verso il distacco dalle società di diritto comune sembra così definitivamente consumata*”: L. SALVATO, *Riparto...*, p. 47. Quelli aperti dalla sentenza n. 26283/13 sono scenari destabilizzanti per l'intero sistema del diritto delle società. Ad esempio, la costruzione che nega alla società l'alterità soggettiva rispetto all'ente pubblico socio, qualificando la sua costituzione in termini di mera separazione patrimoniale, è oggettivamente assai ardita, se non altro per lo stridente contrasto con l'art. 2331, co. I, c.c., in base al quale con l'iscrizione nel registro delle imprese “*la società acquista la personalità giuridica*”: C. IBBA, *Responsabilità erariale...*, p. 17; F. CINTIOLI, *Società...*, p. 16. La riduzione della società *in house* a patrimonio separato dell'ente pubblico, poi, cozza con l'art. 2740, co. II, c.c., secondo cui “*Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*”; le S.U. hanno infatti coniato in via giurisprudenziale e senza una previsione normativa una nuova figura di patrimonio separato: F. FIMMANO, *La giurisdizione...*, p. 79 e ss. Altro problema è quello dell'applicabilità, al caso della società *in house*, delle norme sulla responsabilità da abuso di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 e ss. c.c. Come si è visto, il requisito del controllo analogo priva la società *in house* di un potere decisionale suo proprio. Ebbene, in un passaggio della motivazione, la Corte afferma che “*si potrebbe obiettare che il fenomeno della eterodirezione di società non è certo sconosciuto al diritto societario...Ma non è la stessa cosa*”: poiché la disciplina della direzione e del coordinamento dettata dagli artt. 2497 e ss. ha come presupposto “*la perdurante autonomia giuridica delle singole società agglomerate nel gruppo, che restano comunque entità giuridiche e centri d'interesse distinti l'una dalle altre*”, pare di capire che – secondo l'opinione della Corte – detta disciplina non sia assolutamente applicabile nel caso della società *in house*. Volgendo invece lo sguardo alla dottrina (sia pubblicistica che privatistica), molti autori sembrano pensarla diversamente: G. ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 214 e ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1 e ss.; F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2005, p. 681 e ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 e ss., ove si fa specifico riferimento al caso delle società *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali (p. 337: “*pare difficile negare che, ad esempio, nell'ambito della erogazione di servizi pubblici locali, l'esercizio del controllo “analogo a quello esercitato sui propri servizi” e cioè i c.d. servizi in-house...possa considerarsi fattispecie diversa dalla direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.*”); A. CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Soc.*, 2008, p. 557 e ss. Se poi si considera il dettato dell'art. 19 d.l. n. 78/2009 (vera e propria norma di interpretazione autentica), in base al quale “*per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*”, è chiaro che, a contrario, se lo Stato è escluso dalla responsabilità ex art. 2497 c.c., ciò vuol dire che non lo sono gli altri enti pubblici: F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 263; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 45. Convinto sostenitore dell'applicabilità agli enti pubblici della disciplina

Ciò che ha mosso i giudici del Supremo consesso ad estendere la giurisdizione contabile è una preoccupazione fondata, e cioè quella che, esclusa l'azione del pubblico ministero contabile nei confronti degli amministratori della società *in house*, la particolare “vicinanza” fra questi e il socio pubblico faccia sì che la loro responsabilità sul piano civilistico resti sulla carta, non venendo attivata se non in rari casi, con conseguente pregiudizio (indiretto) per la finanza pubblica ⁽⁴⁴⁾.

Il punto di partenza (la decisione di reagire ai continui sprechi di denaro pubblico) è certamente condivisibile, e condivisibile può essere anche il punto di arrivo (il riconoscimento della giurisdizione contabile). L'inghippo sta nel tragitto che conduce dal primo al secondo.

Fuor di metafora, l'aspetto critico – e che non convince – è l'argomentazione utilizzata ⁽⁴⁵⁾.
“Nella consapevolezza di non poter incardinare la giurisdizione contabile attraverso una

in parola è anche F. FIMMANO', *La giurisdizione...*, p. 75 e ss., secondo cui, tra l'altro, “laddove si verifici quella ipotesi di controllo “analogo” contemplata dalla sentenza a sezioni unite in esame, 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. 76). *Contra*, M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 1177 e ss., secondo cui la disciplina della direzione e coordinamento non si può applicare né alle società a partecipazione pubblica *tout court*, né al caso particolare delle società *in house* (p. 1203 e ss.). Da notare che la (dichiarata) soggezione a direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.* è stata talvolta utilizzata quale indice rivelatore (insieme ad altri, ovviamente) della sussistenza di controllo analogo: cfr. TAR Puglia – Lecce, II, 11 febbraio 2008, n. 432, in *Foro amm. – TAR*, 2008, p. 1115 e ss., con nota di C.M. SARACINO, *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statutari*.

Resta, poi, la problematica fondamentale (oggetto del contendere nella sentenza n. 26283/13) della responsabilità contabile degli amministratori, in particolare della convivenza di questa con le norme dettate dal c.c., agli artt. 2393 e ss.

⁽⁴⁴⁾ C. IBBA, *Responsabilità erariale...*, p. 18. Ricorda F. FIMMANO', *La giurisdizione...*, p. 61, che negli ultimi anni sono state le stesse Procure presso la Corte dei conti a sollecitare la Cassazione “a rivedere il suo consolidato orientamento, evidenziando come condizionamenti di carattere politico finiscano col rendere altamente improbabili iniziative serie da parte degli enti locali dirette a sanzionare gli organi societari (controllati) davanti al giudice ordinario, dando luogo ad un sostanziale esonero da responsabilità di soggetti che pure arrecano”. L'Autore osserva peraltro che “nel nostro Paese le pubbliche amministrazioni, incentivate alcuni anni fa dallo stesso legislatore, hanno cercato di creare e poi mantenere la “sacca” del privilegio derivante dall'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici a società partecipate...Questo processo ha avuto l'effetto di trasformare un modello di gestione, quello societario, da strumento di aziendalizzazione in strumento di protezione e nei peggiori casi in escamotage per eludere i c.d. patti di stabilità e le regole di contabilità pubblica”. Com'è noto, nell'ordinamento italiano l'*in house* è divenuto modello di gestione dei servizi pubblici locali nel 2003, quando il legislatore nazionale ha riformulato l'art. 113 T.U.E.L. per mezzo dell'art. 14 del d.l. n. 269/2003 (convertito in l. n. 326/2003). Critico anche G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1000 e ss., spec. 1011-2, secondo cui la scelta di evocare “la società-organo «alla comunitaria»” nella legislazione nazionale dei servizi pubblici locali rappresenta “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 dalla 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”. Per G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, Napoli, 2010, p. 148, “Il processo di privatizzazione si è accompagnato al tentativo della politica di giocare a due mani, cumulando i vantaggi della struttura privata e del radicamento pubblicistico”. Per un'analisi delle ricadute negative dell'*in house*, E. MICETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, 2011, p. 123 e ss. Per un po' di dati e numeri sulla diffusione del fenomeno invece, M. CALABRESE, *La crisi del modello di gestione 'in house' dei servizi pubblici ambientali*, in www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com, 8 gennaio 2015.

⁽⁴⁵⁾ Particolarmente duro il giudizio di S. DEL GATTO, *Le società pubbliche...*, p. 495: “L'interpretazione della Corte di cassazione non convince e si ha piuttosto l'impressione che in questa decisione i concetti (e gli istituti) giuridici siano stati piegati al raggiungimento di una decisione precostituita a monte del ragionamento svolto”.

riqualificazione diretta della società partecipata in un ente pubblico a sé stante”⁽⁴⁶⁾, le S.U. hanno optato per una dequalificazione della società *in house*: poiché quest’ultima non è configurabile quale autonomo centro di interessi cui imputare diritti e obblighi, essa viene a coincidere con l’ente pubblico (*recte*: con una parte dell’ente pubblico, come fosse un suo ufficio)⁽⁴⁷⁾.

Com’è stato autorevolmente notato, il passaggio dalla società-persona giuridica al patrimonio separato dell’ente pubblico “*non avrebbe solo una portata classificatoria ma implicherebbe un significativo cambiamento delle regole applicabili: basti pensare, appunto, alla sottoposizione alla giurisdizione contabile oppure all’esonazione da fallimento, che della costruzione in esame parrebbe costituire inevitabile corollario (se non si tratta di società, ma di un patrimonio di cui è titolare l’ente pubblico, come non ricomprenderlo nella formula di esonero che chiude l’art. 1, 1° co., l. fall.?)*”⁽⁴⁸⁾.

La possibilità di considerare come un tutt’uno socio e società (che comunque rimangono, sul piano formale, soggetti distinti) è l’essenza dell’*in house providing*⁽⁴⁹⁾, per cui – da un certo punto di vista – è normale sentir parlare della società *in house* come braccio operativo della pubblica amministrazione, come sua *longa manus*⁽⁵⁰⁾.

Occorre però ricordare con quale finalità i giudici comunitari hanno coniato l’istituto dell’*in house providing*, ovverosia per perimetrare l’ambito di applicazione della normativa comunitaria in

⁽⁴⁶⁾ F. FIMMANO, *La giurisdizione...*, p. 65. L’attribuzione alla società partecipata della qualifica di ente pubblico è bollata dalle stesse S.U. come “*difficilmente praticabile*”: come osserva L. SALVATO, *Riparto...*, p. 43, le S.U. “*ergono, dunque, un insuperabile argine per contrastare erronee derive interpretative inclini, con eccessivo semplicismo, alla qualificazione della società partecipata da soggetti pubblici come ente pubblico*”.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. F. CINTIOLI, *Società...*, p. 15: “*Le società in house sono declassificate ed equiparate agli organi della p.a., rompendo la diversità soggettiva sinora pacifica tra di esse e le p.a.-socio*”. Si tratta di una “*variante inedita*”, osserva M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 552: “*non una società per azioni che è essa stessa al contempo un ente pubblico, ma una società per azioni che è al contempo parte di un altro ente che è un ente pubblico*”. V. anche G.P. CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Giurisdizione amm.*, 2014, IV, p. 77.

⁽⁴⁸⁾ C. IBBA, *Responsabilità erariale...*, p. 17, che subito dopo aggiunge: “*E tutto questo... sostanzialmente all’insaputa dei terzi*”. In effetti, l’impressione è che le S.U. si siano “*dimenticate*” dell’altro polo della vicenda, cioè “*quello dei terzi che vengono in rapporti con la società e che non possono vedere smarrita la ragion d’essere della loro tutela perché la società con cui hanno contrattato e sulla quale hanno fatto affidamento è una società in mano pubblica*”: F. CINTIOLI, *Società...*, p. 13. Come puntualizzato sempre da C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori...*, p. 648 e ss. (poi ripreso da S. MENTO, *op. cit.*, p. 499), non bisogna dimenticare che le società *in house* – così come le società strumentali, le società-organismo di diritto pubblico ed ogni altra società a partecipazione pubblica (più o meno “*anomala*”) – stipulano contratti, acquistano beni, contraggono debiti. E, proprio come quegli altri soggetti, sono iscritte nel registro delle imprese: come società, non come enti pubblici o “*semi amministrazioni*”. Esse, dunque, tramite il sistema di pubblicità legale, dichiarano ai terzi la loro natura loro natura e, conseguentemente, suscitano in questi un legittimo affidamento in merito all’applicazione integrale, ad esempio, del diritto societario.

⁽⁴⁹⁾ Come sottolineato da G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti “in house”: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 68, l’*in house providing* “*tende a considerare unitariamente soggetto controllante e soggetto controllato, superando il velo della personalità giuridica di quest’ultimo e pervenendo alla conclusione che in taluni casi di stretta correlazione tra i due soggetti non si può parlare di contratto vero e proprio, che viceversa presuppone l’autonomia – non solo formale, ma anche decisionale – dei contraenti*”.

⁽⁵⁰⁾ In questi termini si esprime anche la giurisprudenza nazionale: per tutte, la celebre Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in www.iusexplorer.it.

tema di appalti e, segnatamente, dell'obbligo per la pubblica amministrazione di indire una gara ⁽⁵¹⁾. La Corte di giustizia non ha inteso creare una nuova figura soggettiva a sé stante (tantomeno una nuova tipologia societaria) ⁽⁵²⁾.

A una fattispecie concreta (e non astratta) che deve essere oggetto di una valutazione caso per caso, le S.U. sembrano contrapporre una soluzione tipologica ⁽⁵³⁾. Una volta enucleato il tipo-società *in house* (in realtà inesistente), l'attribuzione di tale qualifica ha valore prescrittivo: al soggetto così qualificato si applica una disciplina speciale, diversa da quella comune alle altre società ⁽⁵⁴⁾.

Senza indugiare oltre nelle critiche alla pronuncia delle S.U., qui interessa sottolineare i rischi derivanti dall'affermazione della mancanza di alterità soggettiva in caso di società insolvente.

Come abbiamo avuto modo di vedere, detta mancanza di alterità soggettiva determina – secondo alcuni tribunali fallimentari – la non assoggettabilità della società *in house* alle procedure concorsuali.

Accettando una simile soluzione, la prima conseguenza è quella prospettata da Cass. n. 22209/13: la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento, nonché delle regole della concorrenza ⁽⁵⁵⁾.

La seconda conseguenza è che la responsabilità delle obbligazioni sociali è dell'ente pubblico ⁽⁵⁶⁾: “*Conclusionone clamorosa e devastante per la finanza pubblica (ed in particolare per i bilanci*

⁽⁵¹⁾ G. NAPOLITANO, *Le società...*, p. 1011: “*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*”. “*La qualifica di in house attribuita ad una società esaurisce qui i suoi effetti. Al di fuori di questo alveo...tale configurazione non può, quindi, essere usata per giustificare distinzioni circa la disciplina da applicare, né a fortiori può, portare a ritenere priva di rilievo e di effetti la separazione tra socio/ente pubblico e società, nonché quella tra i loro patrimoni, essenza stessa dell'istituto societario, come, invece, fatto dalla Cassazione. Attraverso l'introduzione dell'istituto dell'in house la giurisprudenza comunitaria, infatti, non ha perseguito l'obiettivo di affermare una diversa natura della società...ma, quello, del tutto distinto, di consentire, al ricorrere di alcune condizioni giustificatrici, l'affidamento diretto ad una società che presenti determinate caratteristiche, assimilando tale evenienza a quella c.d. dell'autoproduzione*”: così, con particolare chiarezza, S. DEL GATTO, *Le società pubbliche...*, pp. 495-496.

⁽⁵²⁾ Lo ricordano, tra gli altri, C. VOLPE, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *Giurisprudenza amm.*, 2014, IV, p. 27 e ss., spec. 30, e F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2012, pp. 189-190.

⁽⁵³⁾ F. FIMMANO, *La giurisprudizione...*, pp. 78-79, che parla, immaginando le conseguenze della pronuncia delle S.U., di “*un florilegio di eccezioni*”: “*si faranno nei giudizi mille distinguo, perché non c'è un'esatta qualificazione tipologica sul piano normativo...È prevedibile l'esplosione dell'incertezza*”.

⁽⁵⁴⁾ Critico R. URSI, *op. cit.*, p. 558, secondo cui “*con un'operazione logica, francamente difficile da spiegare, da una figura derogatoria si è costruita una categoria dalla quale, deduttivamente, sono derivate conseguenze eterodosse rispetto al quadro normativo di riferimento ed al sistema privatistico*”: in altri termini, il risultato finale consiste – sempre secondo l'Autore – in una “*insostenibile invenzione in via pretoria di un nuovo tipo societario dotato di proprie regole e di speciali sistemi di responsabilità*”.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. F. SCARAFONI, *op. cit.*, p. 319 e ss., ove vengono analizzate le gravi distorsioni del mercato derivanti dalla scelta di non assoggettare alle procedure concorsuali le società a partecipazione pubblica. Con specifico riferimento al caso delle società *in house*, un più ampio “*decalogo*” di conseguenze negative si trova in F. VESSIA, *op. cit.*, pp. 197-198.

⁽⁵⁶⁾ S. DEL GATTO, *Le società pubbliche...*, p. 497; F. CINTIOLI, *Società...*, p. 16. Osserva W. GIULIETTI, *op. cit.*, che “*Non potrebbe infatti accettarsi, in quanto di tratterebbe di una palesemente di una disparità di trattamento, una distinzione patrimoniale “a senso unico” del socio nei confronti della società e non viceversa*”.

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" (57).

La catena delle conseguenze, tuttavia, non si ferma qui. Al contrario, possono immaginarsi sviluppi ulteriori (tutt'altro che improbabili).

Se l'ente in questione è un comune o una provincia (come nel caso della Mo. S.r.l.), la terza conseguenza è che, non riuscendo a ripianare i propri debiti tramite il meccanismo di cui agli artt. 193 e 194 T.U.E.L., l'ente possa entrare in una fase di *deficit* strutturale (58), con eventuale apertura di una procedura di riequilibrio finanziario pluriennale ex artt. 243-bis e ss. del medesimo Testo Unico (59).

La quarta conseguenza è che l'ente pubblico si venga a trovare – nell'immediato, oppure dopo una prima fase di *deficit* strutturale – in una situazione di vero e proprio dissesto finanziario, 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”* (così l'art. 244, co. I, T.U.E.L.). Per far fronte a tale evenienza, è prevista un'altra procedura (la cui attivazione, a differenza della precedente, è obbligatoria (60)), decisamente più complessa, finalizzata al risanamento dell'ente (artt. da 244 a 269).

(57) F. FIMMANO, *Le società in house...*, p. 57, che conclude: *“L'orientamento della suprema Corte, frutto di un intento diretto a salvaguardare l'erario dalla diffusa mala gestio degli organi sociali di società 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”*.

(58) Art. 242, co. I, T.U.E.L.: *“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, contenente parametri obiettivi dei quali almeno la metà presentino valori deficitari”*.

(59) Al primo comma dell'art. 243-bis T.U.E.L. (*“Procedura di riequilibrio finanziario pluriennale”*) si legge che *“I comuni e le province per i quali...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 pluriennale prevista dal presente articolo”*. Sul tema, P. RUFFINI, *La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale per risolvere squilibri strutturali di bilancio*, in *Azienditalia*, 2013, p. 545 e ss.

(60) Il dissesto, attraverso la procedura di risanamento finanziario, mira al ripristino degli equilibri di bilancio e della ordinaria funzionalità degli enti locali in grave crisi finanziaria, e, in via mediata, ad assicurare la tutela di interessi primari, relativi al buon andamento, alla continuità dell'azione amministrativa, e alla parità di trattamento dei cittadini delle varie zone geografiche del Paese nella fruizione dei livelli essenziali delle prestazioni. Al fine di non compromettere tali interessi di rango primario, ai sensi del primo comma dell'art. 246 gli enti locali sono obbligati a deliberare senza indugio il dissesto, e ad attivare il conseguente risanamento finanziario, quando versino nelle condizioni contemplate dal citato art. 244. Che si tratti di un obbligo è circostanza confermata dal terzo comma dell'art. 246. Coerentemente, in giurisprudenza si afferma che *“la decisione di dichiarare il dissesto finanziario del Comune, non è il risultato di una scelta discrezionale dell'Ente, rappresentando piuttosto una determinazione vincolata (ed ineludibile) in presenza dei presupposti di fatto fissati dalla legge”* (TAR Campania – Napoli, I, 23 gennaio 2014, n. 500, in *Giurisprudenza amm.*, 2014, II, p. 160). In caso omessa deliberazione dello stato di dissesto da parte del consiglio dell'ente locale (l'esperienza degli ultimi anni racconta di una diffusa resistenza da parte di molti enti locali a formalizzare il dissesto, pur in presenza dei relativi presupposti), è previsto – per assicurare concreta precettività a tali norme – uno intervento surrogatorio da

È bene notare che, indipendentemente dalla procedura attivata, le ripercussioni sono pesanti: per lo Stato che in un caso dispone un'anticipazione sul "*Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali*" (art. 243-ter), mentre nell'altro finanzia un mutuo per il risanamento dell'ente dissestato tramite la Cassa Depositi e Prestiti (art. 255, co. II); per la comunità locale che nella procedura di riequilibrio può subire un aumento delle aliquote o tariffe dei tributi locali fino alla misura massima consentita (art. 243-bis, co. VIII, lett. a), mentre in caso di dissesto tale aumento è previsto come obbligatorio dalla legge, tramite attivazione delle c.d. "*entrate proprie*" (art. 251); per i creditori che, oltre a non poter contare sull'intervento di un giudice⁽⁶¹⁾, in entrambi i casi restano sullo sfondo, essendo privi di ogni potere d'impulso⁽⁶²⁾.

Il tutto senza scordare che al termine della procedura di dissesto non opera alcun meccanismo di liberazione dell'ente dai debiti residui⁽⁶³⁾.

Forse, allora, il gioco non vale la candela. La soluzione individuata dalle S.U. con la sentenza n. 26283/13 ha "*dei costi sistematici e applicativi gravissimi...e certamente assai superiori ai benefici, tanto da rendere oggettivamente auspicabile un suo ripensamento*"⁽⁶⁴⁾.

In conclusione, con riferimento al tema della fallibilità delle società *in house*, le uniche certezze si riferiscono a Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, sentenza che "*invita gli interpreti ad 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 pubblica*"⁽⁶⁵⁾.

parte dell'ente regionale di controllo (art. 247). In dottrina, v. F. ALBO, *Il dissesto finanziario negli enti locali alla luce del decreto legislativo n. 149/2011*, in *Azienditalia*, 2012, p. 233 e ss.

⁽⁶¹⁾ Giudice dal quale i creditori possono anche essere distolti. Invero, in caso di attivazione della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale è prevista una sospensione delle procedure esecutive pendenti (art. 243-bis, co. IV). 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. II); al contempo, 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. III).

⁽⁶²⁾ La dichiarazione di dissesto finanziario è di competenza del consiglio dell'ente locale; 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. I).

⁽⁶³⁾ Cfr. L. PANZANI, *op. cit.*, p. 4: "*Il contributo dello Stato per il pagamento dell'indebitamento pregresso è stato quantificato in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato, e, sempre in rapporto a tale popolazione, è stato 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. 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*".

⁽⁶⁴⁾ C. IBBA, *Responsabilità erariale...*, p. 19.

⁽⁶⁵⁾ P. PIZZA, *La Cassazione...*

6. Quale futuro per le società *in house*?

Da tempo si discute intorno alla reale cittadinanza dell'*in house providing* nel nostro ordinamento. Non della cittadinanza dell'*in house providing* in sé e per sé, sia chiaro: la pubblica amministrazione è libera di organizzarsi come meglio crede e, dunque, di ricorrere alla c.d. autoproduzione di beni, lavori e servizi ⁽⁶⁶⁾.

Il dibattito riguarda piuttosto l'*in house providing* così come realizzato nel panorama italiano, vale a dire tramite il ricorso al modello della società di capitali ⁽⁶⁷⁾. Si pone infatti un problema di compatibilità tra norme del codice civile (tendenzialmente indisponibili) e requisiti fissati dai giudici del Lussemburgo, specialmente per quel che riguarda il controllo analogo ⁽⁶⁸⁾.

L'opinione di chi ritiene irrealizzabile una relazione *in house* tramite l'impiego di società di capitali (perché in irrisolvibile contrasto con l'ordine pubblico societario) ⁽⁶⁹⁾, sembra rafforzarsi in

⁽⁶⁶⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, pp. 184-185: “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. Le amministrazioni pubbliche operano normalmente mediante i propri uffici ma, per lo svolgimento di alcuni tipi di attività, esse potrebbero stimare conveniente dotarsi di organismi ad hoc, che pur essendo formalmente distinti, operano come elementi dell'organizzazione propria dell'amministrazione in quanto sono sottoposti ad un controllo analogo a quello che viene esercitato sugli uffici. 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”.

⁽⁶⁷⁾ Giova ricordare (v. *supra*, nota 10) che il diritto dell'Unione Europea “non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico” (CGCE, Grande sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Germania*, in www.curia.europa.eu, § 47). L'applicabilità alle società del c.d. modello *Teckal* è una scelta tutta italiana; scelta rispetto alla quale la giurisprudenza europea non intende interferire, ad esempio ritenendo che eventuali difformità di clausole statutarie (volte a garantire la ricorrenza dei requisiti dell'*in house*) con il diritto societario interno siano “una questione interpretativa delle norme nazionali, la cui soluzione incombe al giudice del rinvio” (CGCE, III sezione, 10 settembre 2009, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea c. Comune di Ponte Nossia*, in www.curia.europa.eu, § 88). “Controllo analogo” e “attività prevalentemente dedicata al socio pubblico” sono un classico esempio di “concetti giuridici indeterminati, che spetta alla giurisprudenza nazionale (e al legislatore nazionale, se lo ritenga opportuno), riempire di contenuto concreto, per fugare incertezze applicative e circoscrivere con chiarezza l'ambito dell'agire pubblico mediante gli strumenti societari”: in questi termini, R. DE NICTOLIS, *Gli elementi connotanti le società in house*, in R. DE NICTOLIS-L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, p. 134.

⁽⁶⁸⁾ Rispetto al quale l'interrogativo si pone in questi termini: è possibile un totale asservimento degli amministratori al potere dei soci? Cfr. R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 147: “Le decisioni della C. giust. CE che hanno connotato il «controllo analogo» come «potere assoluto» del socio pubblico, lasciano aperto il problema della compatibilità di tale tipo di controllo con il modello societario, o quanto meno con taluni tipi di modelli societari, connotati da più ampi poteri e autonomia degli amministratori, il c.d. capitalismo manageriale, con una separazione tra proprietà e controllo e, dunque, con una dequotazione dei controlli da parte dell'assemblea dei soci”. La letteratura sul tema è pressoché sconfinata; per qualche minimo riferimento, v. nota successiva.

⁽⁶⁹⁾ 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*, in *Dir. econ.*, 2013, p. 41 e ss., spec. 77 e ss., secondo cui né la S.p.a. né la S.r.l. sono in grado di offrire convincenti strumenti per creare una profonda e giuridicamente sicura sudditanza dell'organizzazione sociale al soggetto pubblico, quale esplicitamente richiesta dai giudici comunitari perché sia ipotizzabile un rapporto *in house*. Analogamente, E. CODAZZI, *La giurisprudenza sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello e (in)compatibilità con il modello societario*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 236 e ss. Parzialmente difforme l'opinione di F. FIMMANO, *Le società in house...*, p. 31 e ss.: se il controllo analogo è impossibile nella S.p.a., in quanto questo tipo di società impedisce per sua natura un controllo invasivo del socio sull'amministrazione, lo stesso non può dirsi per la S.r.l., dove, viceversa, è concepibile un controllo di tipo invasivo e

seguito alla sentenza n. 26283/13 delle S.U., la quale “*ha ritenuto che, dati i presupposti per radicare il controllo analogo in capo all’amministrazione partecipante, l’in house providing non configuri un archetipo giuridico assimilabile a quello del modello codicistico*” (70).

Invero, come abbiamo avuto modo di constatare, la decisione del Supremo consesso – pur se riferita unicamente all’individuazione del giudice competente – ha notevolmente aumentato il tasso di anomalia delle società *in house* (71).

Orientate in tutt’altra direzione le recenti tendenze legislative in tema di società a partecipazione pubblica, che paiono ben espresse dall’art. 4, co. XIII, d.l. n. 95/2012 (decreto c.d. *spending review*, convertito in l. n. 135/2012, peraltro menzionato dalle stesse S.U.), a mente 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*”. La norma (vera e propria “*clausola ermeneutica generale*” (72)) contiene una netta affermazione delle regole del codice civile e dunque del diritto privato (73): essa è importante

anche asimmetrico. Sarebbe dunque la S.r.l. l’unico modello utilizzabile. In questo stesso 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 C. IBBA-C. MALAGUTI-A. MAZZONI (a cura di), *op. cit.*, p. 243 e ss., spec. 261 e ss.; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 780 e ss.; R. OCCHILUPO, *L’ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 63 e ss. Più dubbioso sulla possibilità di impiegare il modello della S.r.l., G. GRÜNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 3 e ss.

(70) S. VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell’argomentazione giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 862 e ss., 878.

(71) C. VOLPE, *L’affidamento...*, p. 37. Ad aumentare l’anomalia delle società *in house* contribuisce anche il giudice amministrativo. Lungo la scia tracciata dalle S.U., Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1181, in *Giurisprudenza amm.*, 2014, I, p. 101, ha affermato: “*Ai fini dell’affidamento diretto a società in house di un servizio pubblico, il requisito del controllo analogo sussiste allorché l’Ente pubblico esercita sulla società...un controllo di tipo amministrativistico, paragonabile ad un controllo di tipo gerarchico, atteso che la società de qua, lungi dall’essere qualificabile nella sostanza come ente di diritto privato è, in realtà, assimilabile ad un Ente pubblico per cui i rapporti con quest’ultimo non possono che essere qualificabili come rapporti pubblicistici, risolvendosi quindi il controllo analogo come controllo di tipo amministrativo, e, in specifico, un controllo di tipo gerarchico, controllo che è al tempo stesso sugli organi, e cioè strutturale, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti, dovendosi distinguere tra: a) sugli organi nel senso che l’Ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo; b) sulla gestione nel senso che l’Ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve anche avere il potere di autorizzare o – attenzione! – di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale tutti gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici*”. Le domande che sorgono spontanee sono due. La prima: come è possibile che un notaio possa rogare statuti di società contenenti clausole volte ad attribuire simili poteri in capo a un socio? La seconda: quale può essere l’utilità di un ricorso allo strumento societario, se poi lo si stravolge completamente, mutilando caratteri fondamentali come l’autonomia gestionale e la separazione dei patrimoni?

(72) Così l’ha definita, di recente, Cass., S.U., 23 gennaio 2015, n. 1237, in www.iusexplorer.it.

(73) Cfr. F. GOISIS, *Il problema della natura...*, p. 75: “*il dettato legislativo in esame può costituire un significativo passo in avanti nella direzione del rafforzamento della appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica. 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 prospettive pubblicizzanti: le deroghe al diritto comune non possono essere ricostruite in via sistematica o*

non solo perché ritenuta indice sintomatico della natura privatistica delle società a partecipazione pubblica piuttosto che della natura pubblicistica, ma anche perché illumina sulla disciplina applicabile ai profili organizzativi e gestionali della vita della di dette società⁽⁷⁴⁾.

Insomma, con la disposizione in parola sembrano trovare conferma le parole pronunciate, in tempi non sospetti, da Natalino Irti: la società per azioni (al pari della società a responsabilità limitata) “non è una semplice forma, riempibile di qualsiasi contenuto e piegabile a qualsiasi, speciale o eccezionale, disciplina”⁽⁷⁵⁾.

Alla luce di quanto sopra, l’esperienza dell’*in house providing* societario, perlomeno di quello tratteggiato dalle S.U.⁽⁷⁶⁾, sembra giunta ai titoli di coda. L’amministrazione resta libera di ricorrere

comunque interpretando creativamente previsioni legislative in realtà quantomeno equivoche; occorre invece una volontà chiara 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”.

⁽⁷⁴⁾ “Parrebbe di capire, infatti, che, in via generale (salvo deroghe implicite o espresse), la disciplina a tal fine applicabile debba essere ricavata dal diritto comune sulle società, laddove una diversa soluzione che porti all’applicazione di disposizioni di diritto pubblico è ammissibile solo in quanto espressamente prevista dalla legge e non semplicemente desumibile in via interpretativa”: così, R. IERA-A. VILLARI, *Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2014, p. 543. Inoltre, dalla norma in questione vi è chi ricava corollari (anche) sul piano del diritto fallimentare: E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2014, p. 24 e ss.

⁽⁷⁵⁾ N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 444. Detto altrimenti, non va dimenticato che “buona parte delle disposizioni che compongono il diritto societario e che riguardano la struttura delle società consistono in...norme di ordine pubblico, rivolte a tutelare interessi assunti come pubblici, generali e...cogenti”: in questi termini, F. CINTIOLI, *Disciplina...*, p. 148.

⁽⁷⁶⁾ La precisazione è doverosa, dal momento che la sentenza si fonda su una concezione di “controllo analogo” che 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”: così, P. PIZZA, *La Cassazione...*; tra i commentatori di Cass. n. 26283/12, evidenzia questo aspetto anche C. IBBA, *Responsabilità erariale...*, p. 15. Nella letteratura sul tema, v. i contributi (ricchi anche di numerosi riferimenti giurisprudenziali) di: S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell’affidamento dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, p. 136 e ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *RDS*, 2011, p. 199 e ss.; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 855 e ss. Quest’ultimo, tra le altre cose, dissuade l’interprete dall’adozione di una connotazione “forte” di controllo analogo, come può essere quella che di chi identifica come gerarchico il rapporto tra socio e amministratore della società. Ciò perché, altrimenti, “si trasformerebbe il controllo analogo in un controllo superiore rispetto a quello esercitato dagli organi di indirizzo politico sugli organi esecutivi. Infatti – prosegue l’Autore –, 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” (p. 860). Colgono nel segno, allora, le critiche mosse da S. DEL GATTO, *op. cit.*, p. 496, alla pronuncia delle S.U.: “Secondo i giudici comunitari...per quanto incisivo debba essere il controllo per poter integrare il requisito del controllo analogo, esso non è mai tale da azzerare l’autonomia degli amministratori, conseguentemente privati di qualunque facoltà di scelta, o della capacità di discostarsi, seppur motivando, dalle direttive dell’ente socio. Ciò che viene, invece, richiesta è l’esistenza di un potere tale da influenzare le decisioni strategiche dell’ente attraverso l’emanazione di direttive, la fissazione degli obiettivi, e il potere di approvazione delle scelte principali. Un potere che, mentre, da un lato, può essere considerato eccezionale rispetto agli ordinari poteri riconosciuti ai soci dal diritto societario, dall’altro, è “analogo” agli ordinari poteri di controllo all’interno delle pubbliche amministrazioni. Accogliendo la lettura della Corte di cassazione che qualifica il controllo analogo come un controllo gerarchico che azzerava la volontà degli amministratori della società impossibilitati a prendere qualsiasi decisione e incapaci di esprimere un motivato dissenso, quindi, si va oltre quanto richiesto dalla Corte di giustizia, configurandosi una forma di controllo, senza dubbio esorbitante dalle ordinarie forme di controllo soci/società per azioni, ma

all'autoproduzione, ma è necessario andare alla ricerca di strumenti realmente adatti a realizzare l'obiettivo, ponendo fine ad un uso distorto e manipolativo del diritto societario ⁽⁷⁷⁾.

Se, come afferma Cass. n. 26283/13, “*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*”, la strada percorsa finora – quella dell'utilizzo della società capitali, per l'appunto – deve essere abbandonata ⁽⁷⁸⁾.

La parola “*fine*”, però, non può ancora essere pronunciata.

Innanzitutto perché – vi abbiamo fatto cenno – hanno fatto ingresso sulla scena europea le nuove Direttive in materia di appalti e concessioni ⁽⁷⁹⁾. Per quel che qui interessa, due sono gli aspetti significativi.

Il primo riguarda il metodo: il legislatore europeo si limita ad indicare i requisiti in presenza dei quali l'affidamento diretto è legittimo, restando impregiudicata la ben diversa questione di quali

eccezionale anche nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e analoga, al massimo, ai controlli esercitati nell'ambito di relazioni gerarchiche in senso proprio, tipiche ormai delle sole amministrazioni militari”.

⁽⁷⁷⁾ Al riguardo, C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in M. CAMELLI-M. DUGATO (a cura di), *Studi...*, p. 107, reputa “*necessario riconsegnare all'amministrazione la facoltà di optare per modelli disciplinati dal diritto pubblico*”. Volgendo lo sguardo all'esperienza passata, è stata proposta una rivitalizzazione della figura dell'azienda speciale (in quanto applicazione più coerente della giurisprudenza comunitaria): cfr. S. MENTO, *op. cit.*, p. 500, nonché A. PRETO-M. BALDINATO, *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive nel diritto nazionale italiano*, in *Contr. impr./Europa*, 2009, p. 345 e ss., spec. 373. Auspica invece la creazione di nuovi istituti da parte del legislatore, F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 239 e ss., spec. 260. Più in generale, per una critica all'uso improprio dell'istituto societario nella legislazione amministrativa, F. SANTONASTASO, *riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 237 e ss.

⁽⁷⁸⁾ Puntuali le conclusioni di M. DUGATO, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, in *Ist. federalismo/Quaderni*, 2011, p. 5 e ss., spec. 10: “*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. 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...l'argine sta nella valutazione preventiva di ciò che può essere affidato al diritto privato ed ai suoi modelli e di ciò che deve continuare ad essere regolato dal diritto amministrativo, non nella forzatura a posteriori dei confini degli istituti del diritto privato*”.

⁽⁷⁹⁾ Fra i primi commenti, quello di R. CARANTA-D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, p. 493 e ss.; nonché quelli di C.H. CAROLI, di C. LACAVA e di M. URBANI, tutti in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1135 e ss. Per il recepimento di tali direttive il termine ultimo è fissato per il 18 aprile 2016. Nel frattempo, si discute della loro efficacia *self-executing*. Favorevole, in quanto trattasi di disposizioni di carattere sufficientemente dettagliato, tali da presentare pochi dubbi per la loro concreta attuazione, il parere reso da Cons. Stato, II, 30 gennaio 2015, n. 298, in www.iusexplorer.it. Tale convinzione è stata poi ribadita, pur se in un *obiter dictum*, da altro parere: Cons. Stato, II, 22 aprile 2015, n. 1178, in www.giustizia-amministrativa.it. *Contra*, la sentenza Cons. Stato, VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in www.iusexplorer.it, secondo cui “*deve escludersi che la nuova direttiva [2014/24/UE], nonostante il suo contenuto in alcune parti dettagliato, possa ritenersi self-executing per la dirimente considerazione che è ancora in corso il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato*”. In dottrina, reputa il contenuto delle disposizioni delle direttive “*più che dettagliato e incondizionato, trattandosi di normativa già di per sé autosufficiente*”, C. VOLPE, *L'affidamento “in house”: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2014, p. 19.

siano, nei singoli ordinamenti nazionali, le forme giuridiche utilizzabili nel rispetto di quei requisiti⁽⁸⁰⁾.

Il secondo riguarda i contenuti e, innanzitutto, il controllo analogo: nelle nuove Direttive si precisa che un'amministrazione aggiudicatrice esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Sembra dunque prendere quota un'accezione “*equilibrata*” di controllo analogo, diversa da quel “*potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente*” di cui parlano le S.U., conseguenza di un “*rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso*”⁽⁸¹⁾.

Sempre dal punto di vista contenutistico, rappresenta una grande novità la possibile apertura al capitale privato per il *provider*, che fino ad oggi doveva essere a capitale interamente pubblico al fine di potersi avvantaggiare di un affidamento diretto da parte dell'amministrazione.

Com'è stato puntualmente osservato⁽⁸²⁾, detta novità va letta come una conferma della necessaria alterità soggettiva tra la pubblica amministrazione aggiudicatrice (che detiene la maggioranza delle partecipazioni) e la persona giuridica aggiudicataria⁽⁸³⁾.

Di conseguenza, la concezione di *in house providing* di cui alla sentenza n. 26283/13 (che tanti problemi ha dato in ambito fallimentare) si sgretola di fronte alle nuove direttive: “*proiettando questo orizzonte sulla giurisprudenza nostrana relativa alle società in house*”, esso “*non potrà che comportare un rapido superamento dell'arresto delle sezioni unite 2013 sul piercing the corporate veil*”⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁰⁾ Si legge, infatti, che (cfr. artt. 17 dir. 2014/23/UE; 12 dir. 2014/24/UE; 28 dir. 2014/25/UE) un appalto pubblico o una concessione aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive in questione (dunque autorizzano l'amministrazione aggiudicatrice a non indire una pubblica gara) quando siano soddisfatte tutte e tre 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% 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; *c*) nella persona giuridica controllata non vi è una 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.

⁽⁸¹⁾ Per un recente arresto del giudice comunitario in tema di *in house*, CGUE, V sezione, 8 maggio 2014, C-15/13, in www.curia.europa.eu, in cui la Corte ha ricordato che il controllo analogo deve consistere nella “*possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria e che il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere effettivo, strutturale e funzionale*” (§26), cioè esteso all'integralità dell'attività del soggetto aggiudicatario e non limitato al solo segmento degli appalti (§ 32); sul punto, v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale P. Mengozzi, §§ 34 e 71.

⁽⁸²⁾ F. VESSIA, *op. cit.*, p. 200.

⁽⁸³⁾ Alterità che emerge anche in altri passaggi delle direttive (considerando compresi): cfr. A. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 1998.

⁽⁸⁴⁾ F. VESSIA, *op. cit.*, p. 200. Nello stesso senso, A. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 1998, secondo cui “*viene a cadere l'ipotesi ricostruttiva su cui si fonda la sentenza in commento, in base alla quale la società in house dovrebbe essere*

Non solo. La possibile partecipazione di soggetti privati richiama alla mente la nota giurisprudenza sulle c.d. *golden shares*, attraverso la quale i giudici comunitari hanno sviluppato con crescente rigore “*un orientamento che, nell’ambito di una severa interpretazione del principio di libertà di circolazione dei capitali, vieta l’attribuzione di qualsiasi privilegio speciale al socio pubblico, salvo che non sia strettamente necessario per perseguire determinati, rilevanti, interessi pubblici e, comunque, minuziosamente regolato nei suoi effetti e presupposti applicativi*”. La ratio di tale insegnamento è nota: “*evitare che l’investitore privato risulti scoraggiato, sapendo di non poter contare su una esatta e proporzionale corrispondenza, per tutti i soci, pubblici o privati, tra poteri e porzioni di capitale investito*”⁽⁸⁵⁾.

Pertanto, se in Italia si vorrà proseguire nell’impiego dello strumento societario per realizzare affidamenti *in house*, bisognerà farlo nel rispetto delle regole dettate dal diritto comune, che non potranno subire alterazioni, se non in casi eccezionali puntualmente individuati dal legislatore (e solo da questi).

Passando poi dal livello europeo a quello nazionale, anche qui i fermenti sul piano legislativo sono notevoli.

Il riferimento è al d.d.l. n. 1577 del 30 aprile 2015, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”⁽⁸⁶⁾, che – dopo numerosi inviti provenienti dalla

considerata un’articolazione della pubblica amministrazione socia: con il nuovo diritto europeo non c’è un rapporto d’immedesimazione, ma di alterità...sicché non può più ottenere credito la tesi della rottura della personalità giuridica”.

⁽⁸⁵⁾ F. GOISIS, *L’in house...*, p. 274. I riferimenti sono a CGCE, Grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05, *Commissione delle Comunità europee c. repubblica federale di Germania*, e a CGCE, I sezione, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori*, entrambe in www.curia.europa.eu. Con quest’ultima, in particolare, i giudici comunitari hanno dichiarato in contrasto con la libertà di circolazione dei capitali la disciplina italiana sulla nomina extra-assembleare degli amministratori da parte di enti pubblici (art. 2449 c.c.); fra i primi commenti, F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in www.giustamm.it, 2007. A ben vedere, l’orientamento è risalente nel tempo. Lo testimonia, ad es., CGCE, 6 luglio 1982, cause riunite da C-188/80 a C-190/80, *Repubblica Francese, Repubblica Italiana e Regno Unito c. Commissione*, in *Racc.*, 1982, p. 2545 e ss., la quale “*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*”: così, M.C. MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, in C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI (a cura di), *op. cit.*, pp. 37-38. Per i più recenti sviluppi (successivi alle sentenze del 2007 citate), v. invece V. SQUARATTI, *I limiti imposti dal diritto dell’Unione Europea all’intervento pubblico nell’economia: la neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale*, in *Dir. comm. int.*, 2014, p. 1073 e ss.

⁽⁸⁶⁾ Consultabile in www.dirittodeiservizipubblici.it.

dottrina ⁽⁸⁷⁾ – mira a riordinare (tra le altre cose) le “*partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*” e i “*servizi pubblici locali di interesse economico generale*”, mediante la redazione di un testo unico per ciascuna di queste materie (cfr. art. 12).

Scendendo nel merito, numerosi sono i punti di interesse.

All’art. 14 (“*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*”, che espressamente individua come fine prioritario quello “*di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori*”), ad esempio, si parla di “*distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte e agli interessi pubblici di riferimento...e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d’impresa*”; di “*ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società*”, nonché per “*l’assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie*”; di “*precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate*”; di “*eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo*”; per le società partecipate da enti locali che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, di “*definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l’internalizzazione*”; per le società partecipate da enti locali che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, di “*definizione, in conformità con la disciplina dell’Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell’interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio*”

All’art. 15 (“*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale*”), invece, si parla di “*individuazione della disciplina generale in materia di organizzazione e gestione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale*” ⁽⁸⁸⁾; con riferimento all’*in house providing*, di “*individuazione, in tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della*

⁽⁸⁷⁾ *Ex multis*: 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; M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, p. 1 e ss.; di recente, L.R. PERFETTI-A. MALTONI-F. GOISIS-M. ANTONIOLI, *Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 9 marzo 2015.

⁽⁸⁸⁾ Aspetto, questo, particolarmente importante, atteso che le norme del T.U.E.L. sui servizi pubblici locali – tra modifiche legislative, referendum abrogativi, interventi della Corte costituzionale – sono ridotte a brandelli: V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2900 e ss.; M. DUGATO, *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l’irresistibile forza dell’ente pubblico*, in *Munus*, 2012, p. 505 e ss.; L.R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all’autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, p. 678 e ss.

concorrenza nel mercato, delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di auto-produzione"; e via dicendo.

7. Breve considerazione conclusiva

Fare previsioni o formulare giudizi è certamente prematuro.

In attesa di nuovi sviluppi ⁽⁸⁹⁾, c'è da augurarsi che i giudici – tutti giudici – prendano in seria considerazione quelle che sono le possibili conseguenze delle proprie decisioni, non solo da un punto di vista giuridico ⁽⁹⁰⁾ ma anche (e in tempi di crisi, soprattutto) da un punto di vista economico.

La piena conoscenza da parte del giudice di quali sono gli scenari che si aprono in seguito al suo intervento è, infatti, presupposto indefettibile per poter decidere ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ Che tengano conto del concetto magistralmente riassunto nelle parole di G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, p. 50: “L’interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale. Certo la legge dello Stato può sopprimere o modificare, in una o altra sede particolare, anche ciò che nella sede propria ha imperativamente stabilito: ma un uso normativamente distorto degli istituti mortifica il pubblico e il privato, attenua le garanzie, suscita questioni di legittimità costituzionale e nuoce alla coerenza e al prestigio dell’ordinamento”

⁽⁹⁰⁾ I giudici sono chiamati ad affrontare i problemi senza fermarsi “a profili meramente formali, ma dando invece prevalenza ai dati sostanziali”, mostrandosi “sensibili al sostrato degli interessi che si agitano al di sotto dei concetti giuridici”; il loro compito, tuttavia, “non può mai totalmente prescindere dalla necessità di serbare la coerenza sistematica dell’ordinamento”. A queste osservazioni, R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Soc.*, 2013, p. 1326, di seguito aggiunge: “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 reparto di giurisdizione”. L’esatto opposto si è verificato con la sent. n. 26283/13, in cui “Il tentativo di classificazione generale viene fatto per risolvere un dato problema interpretativo; la classificazione, però, genera a cascata un serie di dubbi e problemi, col rischio di avere anche gravi disarmonie nel sistema; la classificazione rimane così “non esportabile” ad altri profili della fattispecie ed essa medesima risulta, perciò, alla fine intrinsecamente confutabile”: così, F. CINTIOLI, *Società...*, p. 17.

⁽⁹¹⁾ Questo, in pillole, il significato dell’intervento di N. ZANON nel corso del Convegno *La Corte costituzionale e gli effetti delle sue decisioni. Riflessioni a margine delle sentenze 10 e 70 del 2015*, tenutosi presso l’Università degli Studi di Milano in data 15 giugno 2015. Quella indicata nel testo è un’esigenza profondamente avvertita non solo nel dibattito che coinvolge i giuristi, ma anche in quello, assai più ampio, che coinvolge l’opinione pubblica: v., ad es., l’articolo di G. LEGNINI, *Giustizia e imprese. Le toghe valutino gli effetti delle scelte*, pubblicato sul *Corriere della Sera* il 5 luglio 2015, in www.corriere.it.