

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Osservazioni in tema di insolvenza di società a partecipazione pubblica

di Giuseppe Doria*

Sommario

1. – L'evoluzione del dibattito sulla disciplina applicabile alle società pubbliche; 2. – Partecipazione pubblica ed assoggettamento a fallimento dell'impresa collettiva; 3. – Segue: conseguenze dell'esenzione dal fallimento rispetto alla repressione dell'illecito gestorio degli amministratori di persona giuridica; 4. - Ratio della specialità della disciplina delle società *in house* per inconfigurabilità di una reale impresa collettiva, *recte* sull'assenza di un'autonoma funzione di produzione dell'attività; 5. – La tutela diretta dei creditori della società partecipata nei confronti dell'ente pubblico fra disciplina della direzione e coordinamento di società e responsabilità discendente dal rapporto di servizio.

1. – In due recenti sentenze la Suprema Corte è nuovamente intervenuta sulla questione della disciplina applicabile alle società pubbliche[1],

[1] In una prima pronuncia (Cass. 27 settembre 2013, n. 22209) si afferma il generale assoggettamento della società pubblica alla disciplina privatistica (salvo contraria disposizione di legge), in quanto la gestione è affidata al funzionamento dei relativi organi che agiscono in piena autonomia rispetto alla proprietà (e su cui quindi viene a fondarsi l'affidamento dei terzi), con la conseguenza che in caso di insolvenza non può essere elusa l'applicazione della disciplina del fallimento; nello stesso senso, Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991. Viceversa, Cass. sez. un. 25 novembre 2013 n. 26283, dichiara la sottoposizione delle società *in house providing* all'ordinamento pubblicistico, trattandosi di mere articolazioni interne dell'ente pubblico, sottoposte a "controllo analogo" a quello esercitato sullo svolgimento dei servizi pubblici; il pregiudizio sofferto in conseguenza dell'illecito gestorio viene così a rientrare nella giurisdizione della Corte dei conti, trattandosi di un "danno erariale".
Le sentenze si riferiscono a diversi tipi di società a partecipazione pubblica; sulla varietà di formule giuridiche nella gestione dei servizi pubblici da parte di ente pubblico (fra costituzione di azienda speciale, concessione a privati mediante procedure di evidenza pubblica, creazione di società mista "a prevalente capitale pubblico locale" ovvero "a partecipazione pubblica minoritaria", nonché *in house*), vedi DI NANNI, *Gestione e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Scritti in onore di Massimo di Lauro*, Padova, 2012, 115 ss.; MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2010, n. 3, 10 ss., WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, III, 4075, COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm*. 1998, 798, CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

notoriamente contesa fra due opposte posizioni a matrice l'una privatistica e l'altra pubblicistica[2]: se cioè la scelta della forma della società determini necessariamente la riconduzione della funzione svolta alla disciplina di diritto commerciale, ovvero se la valutazione della compresenza di una serie di elementi, quali la partecipazione pubblica al capitale e la natura dell'attività (eventualmente rivolta alla gestione di un servizio pubblico) ne possano giustificare la deroga in favore di una riqualificazione in senso pubblicistico, ivi compresa l'esenzione dal fallimento stabilita per gli enti pubblici dall'art. 1 l.f. nonché dall'art. 2221 c.c.[3].

Secondo la dottrina tradizionale, la pubblica amministrazione all'atto della costituzione della persona giuridica nella forma della società[4], manifesta la volontà negoziale di sottoporre lo svolgimento dell'attività alla disciplina del diritto commerciale[5], con la conseguenza che la sussistenza di una situazione di incapacità di adempiere le proprie obbligazioni in modo regolare ex art. 5 l.f. comporta l'assoggettamento al fallimento[6], senza che alcun rilievo possa

Tratt. soc. per az. diretto da Colombo e Portale, VIII, Torino, 1992, 3 ss..

[2] Sui termini della questione, in generale OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.* 2005, II, 157 ss., IBBA, *"Generale" e "speciale" nel diritto dell'iniziativa economica nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.* 2010, I, 473 ss., ID., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e disciplina*, in *Le società pubbliche*, a cura di Ibba – Malaguti – Mazzoni, Torino, 2011.

[3] In merito, vedi CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, 1, 33 ss., FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. comm.* 2012, 532 ss., D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fall.* 2010, 691 ss..

[4] Ad eccezione delle società "di fonte legale", sorte per effetto di un atto di costituzione ovvero trasformazione da ente pubblico mediante legge speciale (che ne stabilisce la disciplina), su cui vedi IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.* 2001, 464 ss., ID., *Le società legali*, Torino, 1992, 17 ss., ID., *Gli statuti speciali*, in *Tratt. soc. per az.* diretto da Colombo e Portale, VIII, Torino, 1992, 690 ss..

[5] In giurisprudenza, Cass. sez. un. 20 dicembre 2007, n. 26811, Cass. sez. un. 4 marzo 2009, n. 5161, Cass. sez.un. 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.* 2005, I, 2726: lo svolgimento dell'attività da parte di ente pubblico nella società partecipata deve avvenire (non già per il tramite dell'esercizio di poteri autoritativi, bensì necessariamente) secondo le regole stabilite dalla ordinaria disciplina del tipo societario; ciò in quanto la società, ancorché partecipata dallo Stato ovvero da enti pubblici, resta un soggetto di diritto privato dotato di autonomia gestoria rispetto ai soci; nello stesso senso, vedi anche Cass. 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro it.* 1996, I, 1363, Cass. 6 giugno 1997, n. 5085, in *Rep. Foro it.* 1998, voce *Comune*, n.425, Cass. 26 agosto 1998, n. 8454 in *Rep. Foro it.* 1999, voce *Comune*, n. 458.

[6] In tal senso, OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2000, VI, 50 ss., FORTUNATO, *sub art. 1*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, 37 ss.; ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.* 2006, I, 478; NIGRO – VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2012, 59 ss.; FAUCEGLIA – ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, 40; SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.* 2010, 438 ss.; FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività* in *Le società pubbliche. Ordinamento crisi ed insolvenza*, a cura di Fimmanò, Milano, 2011, 13 ss., DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in *Le società pubbliche. Ordinamento crisi ed insolvenza*, cit., 392, SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in *Le società pubbliche. Ordinamento crisi ed insolvenza*, cit., 372.

In favore della fallibilità anche delle società *in house* in ragione della scelta negoziale del modello societario, FIMMANO', *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi non è soggetta a fallimento*, in *Fall.* 2013, 1296.

Nella giurisprudenza di legittimità, prima di Cass. 27 settembre 2013 n. 22209, già Cass. sez. un. 19 dicembre 2009 n. 26806, in *Foro it.* 2010, I, 1473; in quella di merito, App. Napoli 27 maggio 2013 e App. Napoli 24 aprile 2013, in *Fall.* 2013, 1290, e *Dir. fall.* 2013, 563 ss. (con nota di POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*), Trib. Velletri 8 marzo 2010, App. Napoli 15 luglio 2009, in *Rep. Foro it.* 2010, voce *Fallimento*, n. 252.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

avere la partecipazione pubblica (totale o parziale) alla compagine societaria; e che la repressione dell'illecito gestorio è affidata all'esercizio delle ordinarie azioni di responsabilità, salva la concorrente giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale[7].

A sostegno di questa tesi si può rilevare come la riforma del diritto fallimentare non abbia introdotto alcun elemento in favore dell'esenzione del fallimento delle società partecipate da enti pubblici prevista dall'art. 1 l.f.; inoltre, la disciplina della ristrutturazione industriale delle grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali di cui al d.l. n. 134/2008 (con. l. n. 166/2008), non prevede alcuna esenzione rispetto all'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria.
Invero, le uniche disposizioni del codice civile riferite alle società a partecipazione pubblica sono l'art. 2414 *bis* c.c. (che detta una disposizione specifica in ordine all'emissione di obbligazioni garantite dal socio pubblico) e l'art. 2449 c.c. (come sostituito dall'art. 13, co.1, l. 25 febbraio 2008 n. 34, a seguito della ritenuta violazione dell'art. 56 Tratt. Ce[8]) che si limita ad autorizzare la facoltà dello statuto della società per azioni partecipata dallo Stato ovvero da enti pubblici, di riservare la nomina di un numero di amministratori, sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, in misura proporzionale alla partecipazione al capitale sociale[9]; con ciò significando (per quanto la norma non dispone) l'inammissibilità di una deroga generale all'applicazione della disciplina del tipo societario (come sottolineato anche dalla Relazione al codice civile n. 998)[10].

Secondo Cass. 6 dicembre 2012 n. 21991, in *Fall.* 2013, 1276 ss. (con nota di BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*), l'assoggettabilità a fallimento della società pubblica può prescindere dalla verifica della natura della attività effettivamente svolta, in quanto è sufficiente (ai fini della riconoscibilità dell'imprenditore collettivo) la costituzione negoziale della società secondo uno dei tipi commerciali predisposti dall'ordinamento giuridico.
In merito, dev'essere invece ribadito che il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento dato dalla presenza dell'imprenditore commerciale (individuale ovvero collettivo) non può che realizzarsi in conseguenza dello svolgimento effettivo dell'attività commerciale: difatti, soltanto con l'esercizio dell'impresa l'organizzazione collettiva dotata di autonoma soggettività, come costituita per volontà negoziale secondo la disciplina di legge, si proietta sul mercato come imprenditore collettivo, per la cui qualificazione è altresì necessaria l'assunzione del rischio di impresa (che si realizza con la spendita del nome della persona giuridica nei rapporti con i terzi): GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, s.d., 29 ss. e 66 ss., ID., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 64, GALGANO, *Fallimento delle società*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Scialoja – Branca, Bologna-Roma, 1997, 9, NIGRO, *I soggetti delle procedure concorsuali*, in *I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali*, nel *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2013, 1, 96.

[7] Fra le tante vedi Cass. sez. un. 1 marzo 2006, n. 4511 in *Foro it.* 2006, I, 1734, Cass. sez. un. 22 dicembre 2009 n. 27092 e Cass. sez. un. 19 dicembre 2009 n. 26806, cit., 1473, secondo cui la diminuzione del valore della partecipazione dell'ente nella società pubblica (in conseguenza dell'illecito gestorio dell'organo amministrativo e dei sindaci, nell'inerzia della funzione di controllo del socio pubblico) si traduce in un danno al suo patrimonio (nella specie, danno all'immagine per avere gli amministratori e dipendenti di società pubbliche concordato e accettato indebite dazioni di denaro nell'aggiudicazione di appalti), per cui l'azione erariale viene a concorrere con le ordinarie azioni civili di responsabilità.

[8] Si veda Corte Giust. 6 dicembre 2007, cause riunite C-463 e C-464 del 2004, in *Soc.* 2008, 247.

[9] La riserva in favore dell'ente pubblico però non determina alcuna deroga in ordine alla fonte del potere di nomina che resta identificato secondo i principi generali del diritto societario, nella delibera assembleare entro la quale il socio pubblico si limita alla esplicazione dell'indicazione consentita dallo statuto, su cui vedi DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nella società per azioni*, in *Tratt. dir. comm.* fondato da Buonocore e diretto da Costi, Torino, 2010, 441 ss..

[10] Da ultimo la disposizione dell'art. 4, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (conv. con modifiche dalla l. 7 agosto

Una volta invece che la società sia riqualificata in senso pubblicistico, alla stessa si può estendere l'esenzione stabilita dall'art. 1 l.f.[11]; e ne consegue l'attribuzione delle azioni di responsabilità da illecito gestorio nei confronti degli amministratori, alla giurisdizione della Corte di conti.

In favore di questa posizione, si può riportare l'art. 3 comma 26 d.lgs. n. 163/2006, che ai fini dell'applicazione della disciplina degli appalti pubblici, dispone espressamente che per *organismo pubblico* si intende qualsiasi ente, anche in forma societaria, finanziato e partecipato in modo maggioritario dallo Stato ovvero da enti pubblici, e diretto a soddisfare esigenze di interesse generale[12]; nonché l'art. 22 l. n. 241/1990, che invero prevede il diritto degli interessati all'accesso della documentazione della pubblica amministrazione nella nozione omnicomprensiva di "tutti i soggetti di diritto pubblico ed i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario"; ed ancora, l'art. 18 d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (conv. con modifiche con l. 6 agosto 2008 n. 133), che richiede per il reclutamento del personale in società ad integrale partecipazione pubblica l'osservanza dei principi stabiliti per le pubbliche amministrazioni dall'art. 35 III co. d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, nonché l'obbligo di conformarsi nella emanazione dei criteri e modalità di scelta ai principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

2012, n. 135) ha previsto che (salvo sia diversamente disposto) alle società a partecipazione pubblica deve applicarsi la disciplina di diritto societario ordinaria.

[11] Per l'esenzione dal fallimento, NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.* 2003, 822, BALESTRA, *Concordato, assoggettabilità delle società partecipate da enti pubblici e prededucibilità del finanziamento dei soci*, in *Fall.* 2013, 1282 ss., secondo cui la riqualificazione in senso pubblicistico della società partecipata deve essere effettuata secondo un'indagine diretta a verificare in concreto l'influenza statutaria, amministrativa e di controllo, da parte dell'ente pubblico. In giurisprudenza, Trib. S. Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009, in *Fall*. 2009, 713 ss. (con nota di D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*) e Trib. Catania 26 marzo 2010.

[12] Disposizione che trova applicazione limitata all'aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica (Cass. Sez .un. 9 marzo 2012 n. 3692), e che - per quanto statuito da Cass. 7 aprile 2010 n. 8225, in *Foro it.* 2011, I, 1484 - dev'essere interpretata secondo i principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria; e cioè che è configurabile un organismo di diritto pubblico in caso di compresenza di tre elementi: a) l'ente sia dotato di personalità giuridica; b) l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato o da ente pubblico, nonché sottoposta al suo controllo; c) l'ente, anche societario, svolga un'attività priva di carattere commerciale (ovvero industriale) e diretta alla realizzazione di interesse generale.

In merito alla interpretazione dell'art. 1, lett. b), direttiva 92/50/Cee, la giurisprudenza comunitaria (Co. Giust. 10 maggio 2001, cause riunite C-233/99 e C-260/99, in *Foro it.* 2001, IV, 294) ha affermato che la figura di organismo di diritto pubblico non è riconoscibile in presenza di un ente la cui gestione risulti comunque (ancorché non rivolta al perseguimento di uno scopo di lucro) fondata su "criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e che opera in ambiente concorrenziale". Secondo Cass. sez. un. 1 agosto 2012 n. 13792, in *Rep. Foro it*. 2012, voce *Contratti pubblici*, n. 1605, non è identificabile un organismo di diritto pubblico, e quindi non sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'art. 133, I comma, lett. e), d.lgs. n. 104/2010, con riferimento allo svolgimento di attività diretta a realizzare "esigenze di carattere industriale o commerciale".

In senso contrario tuttavia, Cass. sez. un. 3 maggio 2005 n. 9096, secondo cui la qualifica di istituzione di diritto pubblico può essere riconosciuta alle società che - possedute prevalentemente se non in modo totalitario da enti pubblici - provvedano effettivamente alla gestione di un servizio pubblico (cui la costituzione della società risulti perciò strumentale), e cioè dello svolgimento di un'attività diretta alla soddisfazione delle esigenze della collettività in coerenza con le finalità istituzionali della pubblica amministrazione (sul concetto di "servizio pubblico", vedi Cass. sez. un. 30 marzo 2000 n.71, in *Foro it.* 2000, I, 2221, Cons. Stato 29 novembre 2000 n. 6325, in *Foro amm*. 2000, 11).

Quanto poi alle società cd. *in house providing* [13] l'art. 113 d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (TU enti locali, come modificato prima dalla l. 28 dicembre 2001 n. 448, poi dal d.l. 30 settembre 2003 n. 269 e quindi dall'art. 4 l. 24 dicembre 2003 n. 350) prevede la facoltà per l'ente pubblico di avvalersi per la gestione di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali, di società ad integrale partecipazione pubblica, che sono assoggettate ad un *controllo analogo* a quello esercitato sullo svolgimento dei propri servizi dall'ente, e che si qualificano per realizzare *la parte più importante* della loro attività all'interno e nei confronti della proprietà pubblica.

Non vi è dubbio che l'adozione della forma societaria, ancorchè non sia in linea di principio affatto incompatibile con la partecipazione dello Stato e degli enti pubblici al capitale sociale (per quanto è espressamente consentito dall'art. 2449 c.c.), avendo ad oggetto lo svolgimento di servizi di carattere pubblico, finisca per incidere in modo sostanziale sull'attuazione della causa lucrativa della società (ex art. 2247 c.c.).

Infatti, la gestione dell'impresa pubblica non è diretta alla massimizzazione del profitto, bensì alla erogazione del servizio pubblico nell'osservanza del metodo economico dato dal pareggio dei costi con i ricavi[14]. In tal modo, pur non essendo lo scopo di lucro in astratto abolito (specie laddove la compagine societaria non sia integralmente composta da enti pubblici) la sua effettiva realizzazione risulta piegata allo svolgimento del servizio pubblico[15].

Fra questi contrapposti orientamenti si è poi sviluppata una terza opzione interpretativa (che in qualche modo ne rappresenta il tentativo di sintesi logico-giuridica), secondo cui la riqualificazione della natura della società partecipata in senso pubblicistico deve essere effettuata, laddove - per effetto dell'esercizio dei poteri d'imperio e di controllo dell'ente pubblico nello svolgimento di un'attività diretta al perseguimento di finalità pubbliche – ne risulti menomata l'autonomia gestoria e decisionale del soggetto di diritto[16].

2. – In assenza di una espressa disposizione di legge, il verificarsi di una situazione di insolvenza rilevante ex art. 5 l.f. non sembra poter

---

[13] Per una rassegna dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto, vedi CALOGERO, *La società in house tra pubblico e privato dopo il D.P.R. 168/2010*, in *Innovazione e diritto* n.5/2010, 72 ss.; sul rapporto fra pubblica amministrazione e società affidataria (quanto al controllo analogo), vedi COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero in house providing dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1136 ss., CARINGELLA, *Il problema dell'in house providing: un nodo non risolto dal Codice*, ne *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* a cura di De Nictolis, Milano, 2007, 335 ss..

[14] L'osservanza del metodo economico (ex art. 97 Cost.it.) nello svolgimento di un'attività comunque svolta sul mercato con assunzione del relativo rischio di impresa, è ritenuto ostativo alla configurazione della figura dell'organismo di diritto pubblico, da Cass. 7 aprile 2010, n. 8225 , cit., 1484.

[15] Sulla complessità del rapporto fra interesse sociale ed interesse pubblico nelle società a partecipazione pubblica "fra società operanti sul mercato – e perciò soggette alle sue regole – e società "semi amministrazione", che operano fuori del mercato, per finalità solo pubblicistiche", DI NANNI, *Gestione e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 116.

[16] NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, cit., 801, D'ATTORRE, *I soggetti esclusi ex lege dalle procedure concorsuali. Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento: dalla piccola impresa al consumatore*, a cura di Sandulli, 2007, 110 ss.; ID., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit., 691, secondo cui l'assoggettabilità a fallimento dev'essere esclusa per quelle società cui la pubblica amministrazione ricorre in modo necessario per lo svolgimento di un servizio di interesse generale; ID. *Il concordato preventivo delle società in mano pubblica*, in *Fall.* 2013, 877 ss., con riferimento all'ammissibilità alla procedura di concordato preventivo; in giurisprudenza, vedi Trib. S. Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009, cit., 713, Trib. Napoli 31 ottobre 2012, in *Fall.* 2013, 869, Trib. Napoli 24 ottobre 2012 in *Corr. mer.* 2013, 11.

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.

L'impresa societaria (quale modello generale predisposto dall'ordinamento giuridico per l'impresa collettiva) si contraddistingue per lo svolgimento di un'attività economica organizzata da parte della persona giuridica, che quindi per poter manifestare la propria volontà ricorre all'esercizio della tipica funzione di produzione organica.

In tal modo, la persona giuridica esercita il potere di disposizione di un patrimonio comune al fine della realizzazione dello scopo del contratto associativo: il che si traduce da un lato (sotto il profilo interno ed organizzativo) nella autonomia gestoria dell'organo amministrativo nell'osservanza del vincolo di realizzazione dell'interesse sociale; e dall'altro (sotto il profilo esterno e reale dell'impresa) nella assunzione del rischio in capo ad un distinto centro decisionale, che finisce per attuare la volontà della persona giuridica agendo in nome proprio sul mercato[17].

[17] Se la società non è realmente destinata allo svolgimento di un'attività di impresa sul mercato, la sua costituzione viene a rappresentare soltanto uno strumento di imputazione di un determinato patrimonio giuridico ad un distinto centro soggettivo. Ed è proprio la destinazione allo svolgimento dell'impresa che richiede a monte l'osservanza di una funzione di produzione dell'attività all'interno di una organizzazione collettiva dotata di autonoma subbiettività: ciò in quanto la società procede alla manifestazione della sua volontà a mezzo dei propri organi, cui è affidato l'esercizio di un proprio potere di disposizione dell'interesse collettivo (nel perseguimento di uno scopo comune), alla cui corretta realizzazione sono interessati anche i creditori ed i terzi in generale sul mercato; ragione per cui gli amministratori della società non possono intendersi quali mandatari dei soci, su cui vedi DI NANNI, *Gestione e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 127 ss., che evidenzia come la questione della realizzazione dell'interesse sociale (nell'ottica della massimizzazione del profitto) deve essere correlata all'effettiva destinazione al mercato dell'attività, per cui non può affermarsi alcuna responsabilità per l'insuccesso dell'attività (non essendo configurabile alcuna obbligazione di risultato rispetto ai soci), ma soltanto (al di là della difficile prova della violazione del dovere di correttezza nella gestione per la insindacabilità delle scelte gestorie, cd. *business judgment rule*, su cui vedi ANGELICI, *Diligentia quam in suis e judgment rule*, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 289) in presenza della inosservanza di specifici doveri.

Il che viene ad acquistare un particolare rilievo nella valutazione della gestione di società miste con partecipazione pubblica (prevalente al capitale sociale) ove l'interesse obiettivizzato alla realizzazione dello scopo di lucro (ex art. 2247 c.c.: cui sono interessati i soci privati) è influenzato e deve conciliarsi con le esigenze della collettività rappresentate dal socio pubblico, nel perseguimento delle sue finalità istituzionali.

Da questo punto di vista non vi è dubbio che la destinazione della società allo svolgimento di servizi pubblici renda problematica la conciliazione dell'interesse sociale (inteso come interesse alla realizzazione del lucro da dividere fra i soci, ex art. 2247 c.c., su cui in generale vedi MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.* 1958, 725 ss.) con la tendenziale adozione del metodo economico nella gestione pubblica.

Non si tratta qui della inserzione nel contratto di società di uno scopo diverso dal lucrativo, come può rilevarsi per le società cooperative ex art. 2511 c.c. e per quelle consortili ex art. 2615 *ter* c.c. (su cui per la sussistenza di un interesse dei terzi creditori all'osservanza della funzione causale del contratto associativo, e quindi per la configurabilità di una responsabilità nei confronti dei creditori ex art. 2394 c.c. ed in ogni caso in base alla disciplina dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. - per l'assunzione di iniziative imprenditoriali non supportate dall'ordinaria alea economica rispondente allo scopo associativo, argomentando dal potere di opposizione nella disciplina della trasformazione eterogenea di cui all'art. 2500 *novies* c.c. – si rinvia a DORIA, *L'attività consortile tra interessi dei consorziati e danno ai creditori*, Napoli, 2011, 109 ss. e 156 ss., spec. 165-6); bensì di una eventuale tolleranza di fatto discendente dal tipo di attività svolta dalla società (se del caso, inerente lo svolgimento di servizio pubblico) e quindi della natura che contraddistingue l'incarico amministrativo da svolgere (cui è parametrato l'obbligo generale di diligenza nella gestione degli amministratori, ex art. 2392 I co. c.c.), in ragione della quale la pubblica amministrazione partecipa al capitale ed alla

Ed in effetti, l'apertura del fallimento della società determina da un lato (sotto il profilo della responsabilità per le obbligazioni *nomine societatis*) l'estensione del fallimento ai soci illimitatamente e solidalmente responsabili (art. 147 l.f.), dall'altro (sotto quello della correttezza nella gestione da parte degli organi di amministrazione e di controllo) l'attribuzione alla curatela fallimentare della legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità (art. 146 l.f.).

Il rischio della produzione di questi effetti funge dunque da deterrente rispetto al verificarsi (ovvero all'aggravarsi) di situazioni di insolvenza.

In particolare si può constatare come il curatore fallimentare subentri sia nella legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità in origine spettante alla società (ex art. 2392 c.c.) che in quella della collettività dei creditori lesi dalla violazione della garanzia patrimoniale per effetto dell'insufficienza derivata dal compimento degli atti illeciti (ex art. 2394 c.c.)[18].

Questo subentro del curatore fallimentare si fonda, più che su di una sostituzione processuale, su di un principio di raccordo fra il diritto dell'impresa collettiva ed il diritto fallimentare, in base al quale la tutela dell'interesse alla correttezza nella gestione della persona giuridica (quale soggetto di diritto distinto dagli associati ed operante sul mercato con proprio patrimonio ed organi) trova nell'apertura della procedura concorsuale una ragione di protezione dell'interesse comune del ceto creditorio; e ciò si attua da un lato con l'attribuzione della legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità unitariamente alla curatela fallimentare, dall'altro con la necessaria osservanza della regola della *par condicio creditorum*.

Per tale ragione, l'art. 2394 *bis* c.c. (con riferimento alla s.p.a.) si limita a riprodurre nella disciplina societaria quanto già previsto dall'art.

---

gestione (mediante la riserva di nomina degli amministratori ex art. 2449 c.c.).

Ed è proprio in virtù dell'incidenza dell'influenza del socio pubblico nello svolgimento del servizio pubblico rispetto alla gestione ordinaria della società, che può assumere rilievo (nella prospettiva della tutela dei creditori della società partecipata) l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2497 c.c. nei confronti dell'ente pubblico che eserciti attività di direzione e coordinamento di società partecipate (su cui vedi *infra*): da questo punto di vista infatti, si può rilevare che la tolleranza nella compressione dello scopo lucrativo, se rende meno agevole la configurabilità di una responsabilità gestoria per la violazione di un dovere generale di buona amministrazione (rispetto alla mancata produzione del lucro), si traduce invece (sotto il profilo della protezione dell'interesse dei creditori) nell'osservanza del vincolo di copertura dei costi con i ricavi (cd. metodo economico); vincolo che però risulta fondato su di un *alea economica* meno rischiosa, la cui violazione può quindi integrare agevolmente il presupposto per la configurazione di una *responsabilità gestoria* (degli amministratori della società partecipata, nonché dell'ente pubblico di direzione e coordinamento e dei suoi amministratori).

[18] Sulla funzione dell'attribuzione della legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità al curatore fallimentare nell'interesse della società e della collettività dei creditori, in generale vedi DI NANNI, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, Napoli, 1999, 5 ss., AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Soc.* 2004, 293 ss., ID., *Sub art. 2476 c.c.*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, 1607, FAUCEGLIA, *Sub art. 146 l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007, 2141 ss., RESCIGNO M., *Rapporti ed interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 2120 ss.. In giurisprudenza la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori di s.r.l. è stata dichiarata (in applicazione estensiva dell'art. 2394 c.c. ovvero comunque della disciplina generale dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c.) con relativa attribuzione in caso di fallimento della legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità al curatore fallimentare da Cass. 21 luglio 2010 n.17121, Trib. Udine 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.* 2005, II, 809, con nota di BIANCA, *La responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, Trib. Napoli 12 maggio 2004 e 16 aprile 2004, in *Soc.* 2005, 1007 ss.; *contra*, Trib. Napoli 11 novembre 2004, in *Foro it.* 2005, I, 2218.

146 l.f., che riserva al curatore fallimentare la legittimazione all'esercizio in generale di tutte le azioni di responsabilità a carattere gestorio in luogo della società e della collettività dei creditori.

Su questa connessione viene così a poggiare l'interesse dei creditori (collettivamente considerati) rispetto all'osservanza della correttezza nella gestione: l'esenzione dal fallimento può tradursi in una irragionevole compressione di questo principio di affidamento, che si fonda sulla facoltà riconosciuta dall'ordinamento giuridico di avvalersi nell'esercizio dell'impresa di un autonomo centro di imputazione dei rapporti giuridici, virtualmente creato[19].

3. - Se queste regole sono corrette, si vede bene come la paventata esenzione dal fallimento della società pubblica non possa che rappresentare un fattore di squilibrio peggiorativo del sistema complessivo di tutela delle posizioni creditorie[20]: perciò, mantenere ferma una distinta personalità giuridica (in modo tale che l'ente pubblico partecipante non sia responsabile direttamente delle obbligazioni assunte), e negare l'assoggettabilità a fallimento di questo autonomo centro subbiettivo di svolgimento dell'attività di impresa, appare come una contraddizione in termini[21].

Ancorché la società sia composta interamente da uno o più enti pubblici, la stessa costituisce una persona giuridica distinta dai soci, con la conseguenza che all'organo amministrativo viene ad essere attribuita la gestione dell'impresa (con riferimento alla s.p.a., cfr. art. 2380 *bis* c.c.): nell'ambito di una siffatta società a capitale interamente pubblico, l'interesse sociale non si può esaurire né decomporre nell'interesse pubblico dell'ente partecipante al capitale[22], proprio perché è imputato alla titolarità della società quale soggetto distinto dai soci; sulla sua corretta realizzazione (contenuto del dovere degli amministratori) rispetto alla adeguatezza patrimoniale e finanziaria dell'ente, si fonda dunque l'affidamento dei terzi contraenti, con cui la società viene ad instaurare rapporti nel mercato[23].

La partecipazione pubblica al capitale della società è una circostanza di fatto che di per sè non può incidere sull'osservanza delle regole di

---

[19] Così IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti nella giurisprudenza degli ultimi anni*, in *Giur. comm.* 2012, I, 641 ss., per il quale l'affidamento dei terzi viene a dipendere dall'iscrizione nel registro delle imprese della società secondo il tipo societario prescelto (cui segue l'aspettativa alla applicazione della relativa disciplina di legge); di modo che (una volta riconosciuta la giurisdizione concorrente della Corte dei conti per il pregiudizio diretto, in quanto danno erariale) al socio pubblico a partire dal *leading case* della sentenza Cass. sez. un. 19 dicembre 2009 n. 26806 non può negarsi l'applicazione della ordinaria disciplina di diritto societario in tema di responsabilità degli amministratori, con attribuzione della relativa giurisdizione ordinaria alle azioni di responsabilità; in merito, vedi anche CAGNASSO, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica secondo una recente e innovativa sentenza della Cassazione*, in *Il nuovo diritto delle società* 2010, n.3, 36 ss..

[20] In tal senso, POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, cit., 562 ss..

[21] Secondo NIGRO, *I soggetti delle procedure concorsuali*, cit., 100, non può ammettersi alcuna esenzione per le società a partecipazione pubblica, anche considerato il disposto dell'art. 4 l. 20 marzo 1975, n.70.

[22] Per tale ragione l'organo amministrativo di società a partecipazione pubblica, è tenuto ad adempiere ai doveri di amministrazione con la dovuta diligenza rispetto allo scopo della società (ex art. 2247 c.c., lucrativo), IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.* 2005, 3; in generale, vedi già MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 1954, I, 713.

[23] Ed è proprio la destinazione dell'attività al mercato della società a stabilire il fondamento per l'applicazione della disciplina ordinaria di diritto societario, in tema di gestione e responsabilità, vedi DI NANNI, *Gestione e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 127 ss..

buona amministrazione[24], poste anche a tutela dei creditori e dei terzi in generale.
Appare allora evidente che il pregiudizio prodotto dall'illecito gestorio degli amministratori non può di per sé risolversi in un danno erariale (che di certo può qualificarsi esclusivamente rispetto all'abbattimento del valore di secondo grado, della partecipazione sociale dell'ente pubblico[25]), ma consiste anzi tutto nella riduzione del patrimonio della società[26], e per tal via anche della garanzia ex art. 2740 c.c. dei creditori.
Di fronte alla complessità di questi interessi congiunti nella gestione della società, la deroga all'applicazione della disciplina privatistica in favore dell'attrazione dell'illecito gestorio alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti non appare di regola giustificata[27].

[24] L'art. 6, III co., d.l. 6 luglio 2012 n. 95 (conv. con modifiche dalla l. 7 agosto 2012 n. 135) ha esteso sulle società interamente partecipate (in modo diretto o indiretto) da ente pubblico il medesimo potere ispettivo attribuito al Dipartimento della funzione pubblica ed al Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato rispetto all'osservanza degli obblighi stabiliti dalle disposizioni di cui all'art. 4, commi 4, 5, 9, 10 e 11 del decreto; il IV co. del medesimo art. 6 d.l. n.95/2012 richiede l'allegazione al rendiconto della gestione di Comuni e Province di una nota informativa sulla verifica dei crediti e debiti reciproci con le società partecipate.
Nella stessa direzione vedi già l'art. 3, comma 65, l. 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), che ha esteso il controllo della Corte dei conti su tutte le società "a prevalente capitale pubblico" (in conformità al disposto della Corte Cost. 28 dicembre 1993 n. 466, in *Giur. comm.* 1994, II, 533 ss., e quindi dell'art. 100, II co., Cost.it.); nonché l'art. 16 *bis* d.l. 31 dicembre 2007 n. 248 (cd. decreto "Milleproroghe") che ha previsto la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario dei giudizi inerenti la responsabilità degli amministratori di società con azioni quotate in mercati regolamentati (nonché sulle società da quest'ultime controllate) con partecipazione (anche indiretta) dello Stato ovvero di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore alla metà del capitale sociale; così legittimando una interpretazione logico-letterale, per cui (solo) in caso di partecipazione pubblica maggioritaria si potrebbe profilare la giurisdizione della Corte dei conti; su cui, con profili critici, vedi SANTOSUOSSO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e giurisdizione)*, in *R.D.S.* 2012, 781 ss..

[25] In effetti si può rilevare come sull'amministratore di nomina pubblica incomba da un lato il dovere generale di buona amministrazione (la cui violazione determina la responsabilità ex art. 2392 ss. c.c.); dall'altro, quello della realizzazione dell'interesse pubblico nella prestazione del servizio, la cui violazione fonda così (in via concorrente), la responsabilità per danno erariale, ROSSI, *La responsabilità degli amministratori delle società "pubbliche"*, in *Giur. comm*. 2009, 521 ss..

[26] In favore dell'applicazione della disciplina ordinaria di diritto societario sulla responsabilità degli amministratori, a partire da Cass. sez. un. 19 dicembre 2009 n. 26806, vedi Cass. sez. un. 12 luglio 2010 n. 16286, in *Foro it.* 2011, I, 509, Cass. sez. un. 2 settembre 2013 n. 20075, in *Soc.* 2013, 974. Secondo Cass. sez.un. 23 febbraio 2010 n. 4309, in *Soc.* 2010, 1361, la giurisdizione della Corte dei conti presuppone un pregiudizio erariale diretto alla partecipazione dell'ente pubblico, che in sede civile può fondare l'esercizio dell'azione diretta del socio ex art. 2395 c.c.; nello stesso senso, Cass. 19 dicembre 2009 n. 26806, in *R.D.S.* 2010, 36 ss., per cui l'illecito gestorio degli amministratori in danno al patrimonio della società (e per tal via, al valore della partecipazione pubblica) rientra nel campo di applicazione ordinario degli art. 2392 ss. c.c.; in dottrina, vedi IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv.dir.civ.* 2010, I, 365 ss..

[27] L'attribuzione della responsabilità degli amministratori di società pubbliche alla giurisdizione amministrativa è stata dichiarata da Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899; Cass. 12 ottobre 2004, n. 20132, in *Foro it.* 2005, I, 2674; nella giurisprudenza amministrativa, vedi Corte dei conti 3 novembre 2005, n. 356, in *Foro amm. CdS*, 2005, 11, 3428.
Con riferimento invece alla responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici (ancor prima della l. 14 gennaio 1994 n. 20, che estende la giurisdizione della Corte dei conti alla responsabilità degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici), Cass. 22 dicembre 2003 n. 19667 e Cass. 25 maggio n. 10973, in *Foro it.* 2005, I, 2676, Cass. 15 febbraio 2007, n. 3367, in *Rep. Foro it*. 2007, voce *Responsabilità contabile*, n. 438, Cass. 20 giugno 2006, n. 14101, in *Foro it.* 2007, I, 486, Cass. 27 settembre 2006 n. 20886, in *Foro it*. 2007, I, 2483, con nota di D'AURIA, *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione di società pubbliche: a proposito di alcune sentenze delle sezioni unite*.

Peraltro, laddove la società sia partecipata solo in parte da enti pubblici, sussiste sia l'interesse dei creditori che dei soci privati alla correttezza nella gestione, che evidentemente non può identificarsi né essere equiparato a quello pubblico della collettività (essendo invece a carattere patrimoniale-privatistico)[28].

4. – In difetto di una (sia pur minima) discrezionalità gestoria nello svolgimento dell'attività (stante la assoluta dipendenza dirigenziale dall'ente pubblico), la gestione degli amministratori della società *in house* non dispone effettivamente di quella autonomia decisionale (nell'attuazione delle scelte di impresa, rivolte al perseguimento dell'interesse sociale)[29] che qualifica la prerogativa essenziale dell'esercizio della funzione organica di amministrazione[30].

Non sembra dunque sufficiente né appropriato il ricorso al nesso gestione – responsabilità per danno, tipico del sistema di protezione dell'interesse collettivo nel diritto societario: non si è in presenza (se non in via del tutto formale) di un vero e proprio *organo*, che per sua natura deve essere dotato di un autonomo potere decisionale (in quanto tale, non riconducibile ad un rapporto obbligatorio diretto, ancorché di mandato, con i soci).

Viceversa, 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 in un organismo di diritto pubblico[31]: con la conseguenza della attribuzione dell'azione di responsabilità per l'illecito gestorio degli amministratori alla giurisdizione della Corte dei conti, e quindi anche 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 a controllo analogo (ex art. 113 TU enti locali), l'elemento formale della costituzione della società non appare più 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

---

[28] Invero, l'attribuzione della responsabilità degli amministratori di società pubbliche alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti importa una inammissibile riserva risarcitoria in favore dell'erario, traducendosi in una indebita preclusione della tutela ordinaria spettante alla società ex art. 2392 c.c. e quindi nel pregiudizio indiretto degli altri soci (in quanto pretermessi dalla destinazione degli effetti della reintegrazione): in tal senso, DI NANNI, *Gestione e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 133.

[29] In assenza della quale risulta tradita la funzione gestoria e decisionale della società quale persona giuridica di diritto privato: IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit., 464 ss., D'ATTORRE, *I soggetti esclusi ex lege dalle procedure concorsuali. Gli enti di natura pubblica*, cit., 110 ss., VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. soc.* 2009, 1050-1.

[30] Con riferimento alla s.p.a., si può riportare l'art. 2380 *bis* c.c. che statuisce il principio di attribuzione della gestione esclusivamente all'organo amministrativo, nonché l'art. 2364 n.5 c.c. secondo cui resta salva la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti (anche laddove siano stati autorizzati con delibera assembleare nei casi stabiliti dallo statuto societario).

[31] In tal senso, vedi Cons. Stato 10 dicembre 2007 - 3 marzo 2008, in *Guida al diritto* n.12/2008, 87 ss., secondo cui per la previsione del controllo analogo e la funzionalità dell'attività alla realizzazione del servizio pubblico, la società *in house* si risolve in una articolazione della pubblica amministrazione.

dell'impresa collettiva[32]: manca la discrezionalità gestoria nella decisione delle iniziative e nella correlata assunzione del rischio di impresa (in capo ad un'organizzazione che risulti realmente distinta in modo subbiettivo dai compartecipi) tramite l'esercizio di una funzione di produzione che (ancorché eterodiretta [33]) sia riconoscibile essenzialmente come tale nell'attuazione di un organico potere di disposizione della persona giuridica.

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. Non solo: l'esercizio dell'attività risponde pedissequamente alla volontà dell'ente pubblico, per cui gli amministratori della società *in house* devono ritenersi legati da un rapporto *di servizio*[34], in ragione di una disciplina speciale che rende irriconoscibile l'essenza della gestione organica, tipica dell'attuazione della causa associativa.

5. – La sussistenza di una situazione di controllo della società da parte dell'ente pubblico ex art. 2359 c.c. può tuttavia fondare in virtù dell'art. 2497 *septies* c.c. il campo di applicazione di una diversa disciplina di tutela dei creditori per la violazione dei principi di correttezza gestoria[35].

Difatti, il primo comma dell'art. 2497 c.c. si riferisce alle società ed agli *enti* che esercitano l'attività di direzione e coordinamento, per cui (diversamente da quanto può rilevarsi in ordine al socio di controllo - persona fisica) sulla base di questa norma non può sorgere alcun dubbio in ordine al campo soggettivo di applicazione della disciplina.

Ai creditori della società partecipata è attribuita una legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità direttamente nei confronti dell'ente pubblico controllante (ed in solido, per il II comma dell'art. 2497 c.c., dei suoi amministratori), per il pregiudizio derivante dalla le-

---

[32] In questa società infatti, viene meno la possibilità di individuare un centro di azione (parafrasando FERRO-LUZZI, *La società fra l'oggetto ed il soggetto*, nota a Cass. 4 ottobre 2010 n. 20597, in *Riv. dir. comm*. 2011, 309) di carattere gestorio, realmente distinto dall'ente pubblico (per quanto rilevato anche dalla sentenza della Corte Costituzionale 13 marzo 2013, n. 46).

[33] E' proprio per la violazione di questo principio (che implica l'annullamento della capacità decisionale di una società) che si ritiene nullo il contratto di dominio, SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società*, Atti del Convegno di Venezia 16, 17, 18 novembre 1995, Milano, 1996, 2175 ss., SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 114 ss., ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario*, in *Banca borsa, tit. cred*. 1999, I, 545 ss..

[34] Sul rapporto di servizio, quale condizione anche occasionale per la produzione di un danno erariale produttivo di responsabilità da parte degli amministratori e dipendenti di enti pubblici, fra le tante, vedi Cass. 4 dicembre 2009 n. 25504, Cass. 4 novembre 2009 n. 23332, Cass. 3 luglio 2009 n. 15599, in *Foro it.* 2010, I, 1534.

In merito alla configurabilità di rapporto di servizio per gli amministratori di società pubbliche con l'ente pubblico di riferimento, per la soluzione positiva (prima di Cass. sez. un. 25 novembre 2013 n. 26283) già Cass. 26 febbraio 2004 n. 3899, in *Foro it.* 2005, I, 2675 (con nota di D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*); in senso contrario (alla trasposizione del rapporto di servizio della società partecipata nei confronti dell'ente pubblico, agli amministratori) Cass. 19 dicembre 2009, n. 26806, cit., 1477.

[35] In generale, vedi GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per* mala gestio *nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm*. 2003, II, 439 ss., MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc*. 2007, 317 ss..

sione della garanzia patrimoniale conseguente allo svolgimento scorretto dell'attività di direzione e coordinamento[36].

Può essere questa una forma di tutela diretta dei creditori di fronte all'abuso del potere gestorio da parte dell'ente pubblico controllante [37].

Ed è una disciplina che risulta di agevole applicazione con riferimento alle società *in house providing*, proprio in quanto siano ritenute equiparabili a mere articolazioni della pubblica amministrazione: da questo punto di vista, pur non potendosi imputare in modo diretto all'ente pubblico le obbligazioni assunte dalla società (ancorchè la Suprema Corte abbia forzosamente riqualificato l'effetto della soggettività giuridica in una mera separazione patrimoniale)[38] la con-

[36] In favore dell'applicabilità dell'art. 2497 c.c. all'ente pubblico di controllo, IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc*. 2005, 6 ss. DI NANNI, *Gestione e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 130 ss.. Sulle conseguenze dell'abusiva gestione imprenditoriale della società diretta da ente pubblico, anche rispetto alla violazione dei principi di contabilità pubblica, vedi FIMMANO', *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata,* in *Dir. fall.* 2010, 724 ss..

[37] Non sembra nemmeno che l'applicazione di siffatta responsabilità possa essere esclusa per gli enti pubblici in virtù della disposizione interpretativa contenuta nell'art. 19, VI co., d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (conv. con modifiche con l. 3 agosto 2009 n.102) per cui "l'art. 2497, primo comma del codice civile, si interpreta nel senso che 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": per rilievi critici su questa anomala disposizione, vedi IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 8; CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.* 2010, I, 343 ss.; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 44 ss..

[38] Nelle società *in house*, tra l'ente pubblico e la società *in house* si viene a costituire un "rapporto di delegazione interorganica" per cui la società "è "altro" soltanto sul piano formale – in quanto dotata di propria personalità giuridica - mentre, nella sostanza, dipende integralmente dall'amministrazione per il cui interesse pubblico è costituita ed opera", ed in ragione del quale risulta sottoposta ad un assoluto potere di imperio dell'ente pubblico che ne snatura la gestione e che si attua per il tramite di un triplice controllo di carattere formale, economico ed amministrativo: così DI NANNI, *Gestione e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica.*

Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto da Cass. sez. un. 25 novembre 2013 n. 26283 (su cui, in termini critici, vedi IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm*. 2014, 13 ss., spec. 17-18), l'identificazione della natura pubblica della società *in house* non può di certo comportare la caducazione assoluta della soggettività giuridica (ciò che avrebbe per conseguenza l'imputazione diretta all'ente pubblico dei rapporti giuridici intrapresi, e quindi delle obbligazioni assunte) la quale resta funzionale all'esercizio *ex lege* autorizzato del potere di imperio della funzione pubblica sulla gestione societaria; senza perciò poter impedire la riqualificazione in termini di servizio, del rapporto degli amministratori (per interposizione fittizia della società, direttamente) con l'ente pubblico. Da ultimo vedi Trib. Verona 17 dicembre 2013, che evidenzia come nelle società *in house* non è configurabile un vero e proprio rapporto di "alterità" (e nemmeno di separazione patrimoniale) rispetto alla pubblica amministrazione ma solo di "distinta titolarità", in ragione del quale gli amministratori sono sottoposti "ad un controllo assoluto da parte delle amministrazioni tale da privarli di effettivi e concreti poteri gestori".

Ferma restando dunque la titolarità formale della società *in house*, gli effetti dell'attività gerita non sono imputati alla pubblica amministrazione, la quale perciò non può nemmeno ritenersi responsabile dei debiti assunti, né in modo diretto né in solido (al di là di quanto derivante dall'applicazione della disciplina del tipo societario).

In tal senso, di recente vedi la deliberazione (resa su istanza di parere, formulata ex art. 7, VIII comma, l. 5 giugno 2003 n. 131) della Corte dei conti sez. controllo Liguria del 28 novembre 2013 n. 82, secondo la quale anche in sede di liquidazione non sussiste alcun obbligo per la pubblica amministrazione di farsi carico dei debiti di una società per azioni *in house* (per quanto già deciso da altre sezioni di controllo della Corte dei conti, e cioè: sezione controllo Basilicata, delibera n. 28/2011, sezione controllo Emilia Romagna, delibera n. 33/2011, sezione controllo Lombardia delibere n. 380/2012, n. 535/2012, n. 98/2013, n. 337/2013). In questa deliberazione, la Corte dei conti evidenzia come la disciplina della responsabilità patrimonia-

le della società, ancorché *in house*, resta quella corrispondente al tipo societario: deriva che, trattandosi di s.p.a., delle obbligazioni sociali viene a rispondere la società con il suo patrimonio per cui la responsabilità illimitata e solidale dell'unico azionista pubblico (per debiti, nei confronti dei creditori) può profilarsi solo laddove non siano osservate le condizioni stabilite dall'art. 2325 II co., c.c..
Su di un piano invece diverso di responsabilità (per danni, a fondamento gestorio), si pone l'applicazione della disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento di società di cui all'art. 2497 c.c. informata ad un principio di correttezza (ex art. 1375 c.c.) che impone (alla società, ed in questo caso) all'ente pubblico che esercita l'attività di direzione e coordinamento di non abusare del suo potere di imperio nei confronti della società *in house* in modo da sfruttare la distinta soggettività giuridica di quest'ultima per arrecare un pregiudizio ai creditori. La violazione dei doveri di correttezza gestoria dell'ente pubblico viene in tal modo a fondare il presupposto per la configurazione di una responsabilità contrattuale nei confronti della società sottoposta e diretta (di tipo extracontrattuale) per lesione della garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori della società sottoposta alla direzione e coordinamento, per i danni derivanti dallo sfruttamento dello schermo della personalità giuridica della società *in house* per il compimento di attività irragionevoli ovvero comunque squilibrate, rispetto all'adeguatezza patrimoniale della società (salva la sopravvenuta carenza di interesse ad agire tramite operazioni reintegratrici dell'ente pubblico, ex art. 2497 I co. c.c., ovvero comunque in ragione del "risultato complessivo dell'attività").
Peraltro, la stessa disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento acquista un diverso profilo applicativo, a seconda che la società sia ritenuta assoggettabile o non al fallimento: difatti, in caso positivo l'art. 2497 c.c., ult.co., attribuisce la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità (in origine spettante ai creditori) nei confronti dell'ente di direzione e coordinamento, al curatore fallimentare. Ciò in quanto il danno è anzi tutto arrecato al patrimonio della società sottoposta, per cui a seguito del fallimento, siffatta legittimazione dei creditori (collettivamente considerati, e fatto salvo il diverso ambito applicativo della responsabilità per danno diretto ex art. 2395 c.c.) viene meno, restando unicamente il potere dei creditori di richiedere l'ammissione al passivo della società fallita, nell'osservanza della *par condicio creditorum* (e senza perciò poter sottrarre all'attivo fallimentare il credito al risarcimento del danno nei confronti dell'ente di direzione e coordinamento).

figurabilità di un vero e proprio rapporto di servizio sembra consentire l'estensione della disciplina della responsabilità aquiliana dei padroni e committenti di cui all'art. 2049 c.c., applicabile alla responsabilità della persona giuridica (che viene a fungere da strumento di interposizione meramente formale) nel compimento dell'illecito da parte di personale legato da un rapporto di lavoro subordinato, se non della responsabilità diretta ex art. 28 Cost. it. e 22 d.p.r. 10 gennaio 1957 n.3 [39].

Ma la fallibilità presuppone la destinazione al mercato della società nell'esercizio dell'impresa collettiva; se dunque così non è (come nelle società *in house*), all'inammissibilità della dichiarazione di fallimento segue la permanenza del potere di azione dei creditori danneggiati ex art. 2497 c.c., da far valere direttamente nei confronti dell'ente pubblico.

[39] Secondo Cass. 13 novembre 2002 n. 15930, in *Foro amm.* 2002, 2799, l'attività del dipendente è riferibile all'ente pubblico e ne comporta la responsabilità diretta ex art. 28 Cost. it. e 22 d.p.r. 10 gennaio 1957 n.3, laddove rappresenti esplicazione della funzione dell'ente; in merito vedi anche Cass. 10 maggio 2005, n. 9741. Sulla responsabilità ex art. 2049 c.c. dell'ente pubblico per l'illecito commesso dal proprio dipendente, vedi Cass. 10 dicembre 1998 n. 12417, nonché Cass. 17 gennaio 2008 n. 864 (nel senso di una responsabilità diretta da illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c., allorquando in virtù del rapporto di servizio non sia configurabile un'alterità soggettiva tale da integrare il presupposto per l'applicazione dell' art. 2049 c.c.); sull'argomento vedi TENORE, *La nuova corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004, 46 ss..
In effetti, se la società *in house* si pone come una *longa manus* della pubblica amministrazione (ancorché non sia configurabile, in virtù della distinta personalità giuridica, uno specifico obbligo di risanamento delle perdite a carico dell'ente pubblico), si può assumere la sussistenza di un dovere generale di correttezza nella gestione del potere di imperio della articolazione (che stabilisce il presupposto per la configurabilità della responsabilità da direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.), dall'altro il rischio dell'illecito in danno dei terzi (per l'assunzione di obblighi non supportabili in base ad un principio di adeguatezza patrimoniale, determinanti ovvero aggravanti una situazione di insufficienza patrimoniale) può ricadere (secondo le regole generali dell'illecito aquiliano, ex art. 2043 – 2049 c.c.) a carico indiretto dell'ente sovrano.

In ambito concorsuale la qualificazione della società *in house* in termini di delegazione interorganica dell'ente pubblico, può quindi indurre alla esclusione dal fallimento (e quindi anche dal concordato preventivo)[40].
In effetti, ancorché non possa ritenersi formalmente abolita la distinta personalità giuridica della società, siffatta conclusione non sembra irragionevole tenuto conto sia della natura (sostanzialmente pubblica) della attività e della funzione, che delle soluzioni compatibili con una tutela (diretta) delle ragioni creditorie (di soggetti terzi alla parte dell'attività riservata con l'ente partecipante, che peraltro la legge stessa si preoccupa di qualificare – accentuandone il carattere- come "più importante" anziché soltanto prevalente).
In tal modo però, il rapporto fra la disciplina della società pubblica e la società *in house* viene a stabilirsi propriamente in termini di regola ad eccezione (più che di genere a specie): su queste basi infatti, diversamente dalle società a partecipazione dello Stato e degli enti pubblici (per cui la legge si limita a stabilire delle regole particolari) la società *in house* finisce (in modo senza dubbio problematico[41]) per non appartenere più al diritto commerciale, bensì al diritto pubblico.

[40] In tal senso (ed in conformità a Cass. sez. un. 25 novembre 2013 n. 26283) si è orientata la giurisprudenza di merito: vedi Trib. Napoli 9 gennaio 2014, in www.ilcaso.it 2014, nonché Trib. Verona 19 dicembre 2013, in www.ilcaso.it; per l'assoggettabilità invece alla procedura di concordato preventivo delle società *in house*, in quanto comunque soggetti di diritto privato distinti dall'ente pubblico (nonostante il controllo analogo), Trib. Pescara 14 gennaio 2014, in www.ilcaso.it 2014.

[41] Per la criticità (rispetto all'ordinamento del diritto societario) del principio affermato da Cass. sez. un. 25 novembre 2013 n. 26283 (con riferimento alle società *in house*) vedi IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, cit. 13 ss., che evidenzia (di fronte alla scelta costitutiva del soggetto di diritto privato) la irragionevolezza sistematica della tesi della separazione patrimoniale, specie laddove il controllo analogo sia esercitato in modo congiunto da una molteplicità di enti pubblici soci (p. 18), nonché FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Gazz. for.* 2014, 12 ss., per cui l'adozione di una soluzione così dirompente rispetto al sistema richiede un espresso intervento normativo (p.31).