amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2016

estratto

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

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Chiara Magrì, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Le società a partecipazione pubblica, tra il Testo Unico n. 175 del 2016 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016.

di Gennaro Terracciano[1]

Sommario

1. Premessa. – 2. Le società a partecipazione pubblica: alcuni aspetti problematici preesistenti al decreto legislativo n. 175 (e ancora attuali?). – 3. Le mancate scelte e l'attuazione incompleta. – 3.1. Si tratta di un Testo Unico che presenta un coordinamento formale e sostanziale delle disposizioni legislative vigenti? – 3.2. Il regime delle responsabilità degli amministratori si è chiarito e semplificato o rimangono i dubbi e le antinomie preesistenti? – 3.3. Ma le società pubbliche sono soggette alle procedure fallimentari? E anche quelle *in house*? – 4. Considerazioni conclusive

ABSTRACT

Da tempo si è osservato che il fenomeno della creazione di società di capitali partecipate in tutto o in parte da amministrazioni, enti e soggetti pubblici, per il perseguimento di fini di interesse pubblico, si è sviluppato in assenza di un sistema normativo unitario e sistematico, ed è ormai noto che esso risulta fuori controllo per estensione e eterogeneità, nelle forme e nei fini, anche se un contributo di chiarimento v'è stato per gli interventi giurisprudenziali nazionali e comunitario, soprattutto quanto alle società cc.dd. in *house providing* e alle cc.dd. società miste.

La legge n. 124 del 2015, tra le altre deleghe per la semplificazione amministrativa, ha delegato il Governo all'adozione di un testo unico nel settore delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, fissando i relativi principi e criteri direttivi agli artt. 16, comma 2 e 18.

La delega è stata esercitata con il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, ma è stata sottoposta al vaglio di legittimità della Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 251 del 2016, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale anche di buona parte dell'art. 18 citato, in quanto dette disposizioni prevedono un mero parere della Conferenza unificata, anziché una intesa.

Il lavoro affronta, sinteticamente, le criticità principali rilevabili all'interno del Testo Unico.

[1] Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Foro Italico" di Roma. Condirettore scientifico della Rivista.

1. Premessa

La legge n. 124 del 2015, tra le altre deleghe per la semplificazione amministrativa, ha delegato il Governo all'adozione di un testo unico nel settore delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, fissando i relativi principi e criteri direttivi agli artt. 16, comma 2 e 18.

Come noto, la delega è stata esercitata con il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, a seguito del parere del Consiglio di Stato del 16 marzo 2016 e dei successivi pareri delle Commissioni parlamentari. Altrettanto noto è che la legge delega è stata sottoposta al vaglio di legittimità della Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 251 del 2016, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale anche di buona parte dell'art. 18 citato, in quanto dette disposizioni prevedono un mero parere della Conferenza unificata, anziché una intesa.

La stessa Corte Costituzionale afferma nella decisione che l'effetto della pronuncia di incostituzionalità non si estende alle disposizioni attuative, le quali, in caso di impugnazione, dovranno essere vagliate quanto alla concreta ed effettiva lesione delle prerogative regionali, fatto salvo l'intervento correttivo eventuale del Governo[2].

La decisione della Corte, quindi, non si estende allo specifico decreto legislativo n. 175 citato, il quale, non senza qualche ambiguità ed imbarazzo, dovrebbe considerarsi efficace e dunque applicabile, con l'effetto che gli operatori, in assenza di un pronunciato giurisdizionale, sarebbero obbligati al suo rispetto ed alla predisposizione di tutte quelle attività anche ricognitive imposte con termini alquanto ristretti (pur nella consapevolezza della palese sua contrarietà a Costituzione fino a quando detto decreto non sarà oggetto di intervento correttivo da parte del Governo).

Tale situazione ordinamentale paradossale potrebbe essere aggravata dall'eventualità che il decreto in questione possa contenere altre disposizioni di per sé illegittime, e sinanche che possa considerarsi non coerente con la stessa legge delega.

Del resto, già a leggere le premesse al decreto legislativo può rilevarsi come tra i "Visto" non si richiamano i principi e criteri direttivi di cui all'art. 16, comma 2, citato, ma solo l'art. 18 della legge delega, peraltro contenente principi e criteri direttivi dichiaratamente aggiuntivi; potrebbe obiettarsi che si tratta solo di una svista formale, ma a ben vedere forse qualche riflessione iniziale su elementi sostanziali di incoerenza proprio riferiti al principi e criteri direttivi di cui all'art. 16, comma 2, può essere svolta.

2. Le società a partecipazione pubblica: alcuni aspetti problematici preesistenti al decreto legislativo n. 175 (e ancora attuali?).

Da tempo si è osservato che il fenomeno della creazione di società di capitali partecipate in tutto o in parte da amministrazioni, enti e soggetti pubblici, per il perseguimento di fini di interesse pubblico, si è sviluppato in assenza di un sistema normativo unitario e sistematico, ed è ormai noto che esso risulta fuori controllo per estensione e eterogeneità, nelle forme e nei fini, anche se un contributo di chiarimento v'è stato

[2] Il Consiglio di Stato, poi, con parere n. 83 del 17 gennaio 2017 (adunanza del 9 gennaio 2017), nel declinare la procedura, le modalità e l'intensità dell'intervento eventualmente correttivo da parte del Governo, conferma che "In questa peculiare fattispecie non occorre, allora, valutare quale sia l'incidenza di un vizio del procedimento disciplinato da un atto legislativo presupposto sull'atto successivamente adottato, in quanto la Corte ha inteso modulare in modo chiaro gli effetti della propria pronuncia, escludendo che i decreti legislativi siano stati incisi direttamente dalla pronuncia di illegittimità costituzionale. Il corollario di questo postulato è che *tali decreti*– fermo restando quello che si dirà oltre – *restano validi ed efficaci fino a una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente, e salvi i possibili interventi correttivi che nelle more dovessero essere effettuati*." (nota aggiunta in sede di pubblicazione).

per gli interventi giurisprudenziali nazionali e comunitario, soprattutto quanto alle società cc.dd. in *house providing* e alle cc.dd. società miste[3].

Così come non pare essere recente la consapevolezza che l'applicazione di principi e norme di diritto privato, in un contesto nel quale l'azione di detti soggetti societari è pacificamente diretta al perseguimento dell'interesse pubblico, provoca significativi disagi sul piano della coerenza tra finalità e strumentazione giuridica, e consente di sollevare perplessità sul piano della efficienza quanto alla possibilità di applicazione di istituti e procedure tipicamente privatistici destinati a regolare patologie nel rapporto tra la responsabilità delle persone giuridiche che assumono obbligazioni, nell'interesse dei creditori ma anche della collettività (le procedure concorsuali in caso di insolvenza o crisi).

In tale prospettiva, anche a seguito dell'intervento del legislatore delegato, rimane il dubbio se sia davvero utile indagare sulla natura giuridica di detti soggetti, o se invece non finisca per essere conveniente valutare (da parte del legislatore ma anche in sede applicativa) caso per caso la concreta assoggettabilità a regole, procedure, controlli e sanzioni proprie delle persone giuridiche private ovvero lasciare che si applichino le procedure e le regole tipiche degli enti pubblici.

In fondo, i principi e criteri direttivi di cui agli artt. 16 e 18 del decreto legislativo n. 175 sembrano proprio richiedere al legislatore delegato di risolvere dette problematiche, senza indicare una strada maestra, ma indirizzando chiaramente ogni sforzo verso la creazione di un regime chiaro, univoco e per certi aspetti "unificante", scevro da preoccupaziuone scientifico-sistematiche, forse proprio nella convinzione che l'ordinamento giuridico consente in detto settore una compenetrazione tra istituti e strumentario privatistici e pubblicistici.

In tal senso può leggersi l'intenzione: di riunire tutta la legislazione attinente al settore in un testo unico (art. 16, comma 2, lett. *a*)); di consentire un coordinamento formale e sostanziale , anche attraverso modifiche, delle disposizioni vigenti per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa (successiva lett. *b*)); di eliminare le antinomie (lett. *c*) successiva).

In coerenza con dette finalità, il successivo art. 18 detta ulteriori ed integrativi principi e criteri direttivi, coerenti con i precedenti ed in parte esplicativi, nel settore specifico, di quelli; ed infatti, tra gli altri, si richiede: la precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori, dei dipendenti, degli organi di gestione e di controllo (lett. *c*) del comma 1 dell'art. 18); l'eliminazione di sovrapposizioni

---

[3] Un tentativo ultimo di ricognizione dei tipi, per forme e finalità, si può leggere in GRASSO, *Le società a partecipazione pubblica in Italia*, in Le società pubbliche nel Testo Unico, a cura di CERIONI, Milano, 2016/17, p. 41.
Nel volume citato, poi, vi sono saggi che richiamano statistiche varie riguardanti la numerosità delle società pubbliche.
In proposito si vedano anche i due volumi, a cura di FIMMANÒ e CATRICALÀ, Le Socità Pubbliche, Roma, 2016; in particolare, interessante è la ricostruzione effettuata in detto volume da CAPALBO, *Le società a partecipazione pubblica in Italia e all'estero:numeri e incidenza sull'economia, p. 117*.
Inoltre, si veda quanto contenuto nel volume di raccolta del relativo convegno, a cura di DOMENICHELLI, *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo,* Padova, 2008. Ma anche, TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali, in Foro Amministrativo* – Tar, Giuffré, 7-8 2010, 2733; CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria*, in Rivista delle società, 1998, p. 391 ss.; CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo e Portale, 8, Torino, , 1992, spec. p. 205 ss.; COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006; PERICU, *Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in Società di capitali. Commentario, a cura di NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004.

tra regole e istituiti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo (successiva lett. *h*)).

In qualche modo, il legislatore ha dettato, in sintesi, un indirizzo chiaro al Governo, e cioè quello di definire un testo unitario delle disposizioni applicabili al settore intero delle partecipazioni pubbliche a società di capitali, eliminando, tra le altre problematiche regolatorie, le incertezze quanto almeno al regime delle responsabilità e alla applicazione degli istituti privatistici o pubblicistici sulle crisi aziendali o in ipotesi di insolvenza.

Naturalmente, non si vuole sottovalutare la difficoltà di un progetto di tale portata, anche se un anno, termine per l'esercizio della delega, non pare un tempo inadeguato.

Del resto, quanto alla creazione di un vero testo unico, l'eterogeneità del fenomeno è già stata evidenziata, e si richiedeva una certa capacità tecnica nell'attuazione della delega, se solo si vuole porre mente: alla natura delle cc.dd. società legali e cioè società per le quali è la legge a costituire la fonte del rapporto societario[4], la cui istituzione con atto legislativo determina una condizione giuridica che fa dubitare della stessa natura privata della società[5]; ovvero alla categoria degli enti pubblici a struttura societaria, per quanto essa sia avversata[6], soprattutto quanto alla definizione dell'ambito delle deroghe al diritto comune[7]; ovvero alle società di autoproduzione di beni o servizi; o ancora alle società miste per la gestione dei servizi pubblici.

Allo stesso tempo, in relazione alla disciplina sulle responsabilità, in particolare degli amministratori delle società pubbliche, e all'applicazione delle regole concorsuali in caso di insolvenza, non pare dubbio che occorreva fare una decisa scelta di campo, nella consapevolezza che le regole di mercato, i principi di responsabilità e di affidamento, la tutela nella circolazione dei beni e dei servizi e lo strumentario privatistico (oltre alla contabilità economica) propri di dette società sembravano condurre verso l'applicabilità delle procedure concorsuali e quindi del fallimento o dell'amministrazione straordinaria in caso di insolvenza o crisi, in luogo della procedura prevista per gli enti pubblici, la liquidazione coatta amministrativa, quantomeno in assenza di un regime giuridico particolare che ponga limiti tali all'attività di questi al punto da non potersi considerare la stessa quale commerciale o industriale[8].

---

[4] Per un approfondimento della nozione di società legali e legificate, si veda IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992;IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in Rivista delle società, 2005, p. 586 ss. V., anche, G. GRUNER, *Gli enti pubblici a struttura S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, passim.

[5] È quanto sostiene il Consiglio di Stato, con le decisioni della sez. VI, nn. 1303 e 4711 rispettivamente del 5 marzo 2002 e 17 settembre 2002, a proposito della natura giuridica delle Poste Italiane S.p.a. e dell'Enel S.p.a.. Su tali aspetti si segnala la nota, ricca di riferimenti, di PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato,* in Diritto processuale amministrativo, 2, 2003, 518 e ss.; si veda anche GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici,* Milano, 1998 e IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni,* in AA.VV., Privatizzazioni e regioni, Milano, 2003. Ma anche, ABBADESSA, La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi), in Impresa, credito, p.a., 1975, I, p. 369 ss. ; ABRIANI, Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli, in AA.VV., Diritto delle società. [Manuale breve], Milano, 2005

[6] Si veda SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale,* Milano, 2002.

[7] In proposito, in generale, MARASA', *Società speciali e società anomale,* in Enc. Giur. XXIX, Roma, 1993; SPADA, *Tipologia delle società per azioni e società per azioni quotata*, in Rivista diritto civile, I, 2000; LA PORTA, *Dal tipo contrattuale al modello di società: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario,* in Le società, 2002.

[8] La relativa problematica sembra esplosa ormai da una decina di anni. Si vedano, all'epoca, Tribunale di Monza, sent. n. 49/07; C.Appello di Torino 15.02.10; Tribunale Santa Maria Capua Vetere, decreto 9 gennaio 2009, ma anche sent. n. 52 del 2009.

3. Le mancate scelte e l'attuazione incompleta.
Da un attento esame del decreto legislativo, quanto ai profili evidenziati, pare proprio che il Governo non sia riuscito a raggiungere un grado di sintesi coerente con i principi e criteri direttivi della legge delega.

3.1. Si tratta di un Testo Unico che presenta un coordinamento formale e sostanziale delle disposizioni legislative vigenti?
Una evidente risposta in negativo è direttamente rinvenibile all'art. 1 del decreto n. 175 stesso. L'oggetto è limitato alla costituzione di società da parte dell'amministrazione pubblica e all'acquisto, mantenimento e gestione delle partecipazioni, rimanendo esclusa ogni diversa disciplina riguardante società a partecipazione pubblica di diritto singolare, diretta alla gestione di servizi di interesse generale o economico generale o al perseguimento di una specifica missione di interesse pubblico (come peraltro pare essere per ogni società pubblica). In più, l'art. 26, comma 2, dispone la sostanziale esclusione (sottraendole al regime di cui all'art. 4) di una serie di importanti società, individuate in un elenco in allegato A al decreto legislativo; tale elenco pare possa essere incrementato ai sensi del comma 9 dell'art. 4 del decreto legislativo. Infine, gran parte del decreto legislativo non si applica alle società pubbliche quotate in borsa, in ragione di quanto disposto dal comma 5 dell'art. 1.
Giova rammentare che dette esclusioni non erano affatto previste dai principi e criteri direttivi, che anzi richiedevano di fissare nel testo unico la disciplina complessiva delle società pubbliche, ancorché differenziata sulla base di quanto espresso alla lettera *a*) del comma 1 dell'art. 18. Ed anzi, una critica che è stata mossa al decreto legislativo pare essere proprio quella di non aver saputo differenziare adeguatamente, mantenendo la disciplina comunque entro i limiti del decreto stesso.
In proposito si è argomentato che "*L'equivoco principale è stato quello riguardante la disciplina da applicare alle società in mano pubblica, nato in passato dalla errata impostazione secondo cui la partecipazione di una pubblica amministrazione a una società di capitali potesse alterarne la struttura, dando vita a un "tipo" di diritto speciale. In particolare una certa impostazione, ignara delle complessità sistematiche, partendo dal principio della neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, è arrivata ad attribuire alle società partecipate una connotazione pubblicistica, frutto di una sostanziale mutazione genetica nel senso di una riqualificazione del soggetto giuridico. In realtà tale impostazione è stata gravemente fuorviante negli anni, in quanto si può parlare di società di diritto speciale soltanto laddove una espressa disposizione legislativa introduca deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c., con la conseguente emersione normativa di un tipo con causa pubblica non lucrativa*"[9]. Gli autori proseguono evidenziando che si sarebbe potuto intervenire "*in modo più chiaro e tecnicamente corretto su temi tanto delicati*".
Anche nel parere della V Commissione Permanente è precisato che occorreva individuare le tipologie di società in cui ammettere la partecipazione da parte della pubblica amministrazione, con una distinzione più netta tra "società a controllo pubblico", "società a partecipazione pubblica" e "società quotate", e tra "società strumentali" e "società in house", con deroghe al codice civile di intensità differenziata.
L'opinione non pare isolata; si afferma, con semplicità, che "*non può passare inosservato che,*

[9] FIMMANÒ – CATRICALÀ, Introduzione. Profili generali della riforma, in Le società pubbliche, op. cit., p. 16.
Si veda anche BONURA e FONDERICO, *Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi locali di interesse generale*, in Giorn. Dir. Amm., 2015.

alla luce di quanto disposto in attuazione della l. n. 124/2015 e per effetto anche di ulteriori provvedimenti legislativi paralleli, l'intervento di concentrazione regolativa di cui si è detto pare non essere stato realizzato o, quantomeno, non nella sua interezza"[10].
Ancor più chiara l'opinione dell'Autore, quando poco dopo afferma che "*Non si può, per prima cosa, non notare la timidezza del testo unico nel definire i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica*" contrariamente a quanto richiedeva la legge delega, e così diviene manchevole anche il coordinamento tra le disposizioni del testo unico e quelle di altri corpi normativi rilevanti (come ad esempio il codice degli appalti).
In definitiva, pare potersi dire che la finalità primaria di ricondurre in un unico corpo normativo, pur nella specificità e differenziazione che il fenomeno postula, l'intera disciplina riguardante le società cc.dd. pubbliche non sia stata raggiunta, con conseguente violazione dei corrispondenti principi e criteri dettati dalla legge delega.

3.2. Il regime delle responsabilità degli amministratori si è chiarito e semplificato o rimangono i dubbi e le antinomie preesistenti?
L'art. 12 del decreto legislativo si occupa specificamente della responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipanti. A dire il vero, il comma 1 attiene solo a profili di giurisdizione, peraltro con disposizioni non del tutto perspicue.
Il comma 2, invece, detta una definizione, francamente non innovativa, del danno erariale, anche in questo caso non chiara quanto ai profili soggettivi ed oggettivi.
Come visto, in proposito la legge delega richiedeva una precisa definizione del regime delle responsabilità e l'eliminazione di sovraposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo.
Non si può che prendere atto che il legislatore delegato non ha inteso definire in alcun modo il regime delle responsabilità, ma ha solo rinviato a quello, confuso, esistente, che postula la evidente sovrapposizione tra il regime privatistico, con le tipiche azioni di responsabilità, e quello pubblicistico, relativo alla configurazione del danno erariale.
Piuttosto, il Governo si è limitato a dare indicazioni apparentemente utili a dirimere le ampiamente dibattute questioni sulla giuirisdizione applicabile e sulla delimitazione del danno al patrimonio dell'ente pubblico partecipante, sulle quali si eviterà di richiamare l'evoluzione della giurisprudenza, se non in modo strumentale alle riflessioni di sistema sul tema.
In proposito, si può partire da un'affermazione condivisibile, e cioè che "*il confine fra pubblico e privato su cui si collocano le società partecipate pubbliche, oltre che indefinito, è un confine assai labile e mutevole, che finisce per determinare un difficile equilibrio fra giurisdizioni, oltre che una zona grigia da esplorare di volta in volta a seconda dell'istituto e della fattispecie considerati, anche per valutarne le ricadute sul sistema giuridico generale. Non a caso è stata evidenziata al riguardo l'esistenza di una zona di confine e di aree grigie tra il diritto pubblico ed il diritto privato, che presentano rapporti di natura spuria o ambigua, e che dipendono da oscillazioni di significato, nella distinzione tra i due termini, e l'alterna tendenza a privilegiare ora l'uno ora l'altro dipendono largamente dal mutare dello spirito dei tempi e sono legati ai momenti storici*"[11].
L'Autore, tuttavia, prosegue la sua analisi sulla portata dell'art. 12, ritenendo in conclusione non soddisfacente il risultato complessivo,

[10] PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in Le società pubbliche nel testo unico, op. cit., p. 13.

[11] MIELE, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche*, in Le Società pubbliche, op. cit., p. 547.

quanto alla tutela dell'interesse pubblico. Pur provando a sintetizzare il sistema, schematizzandolo, pare evidente la lacunosità dello stesso e comunque la mancanza di chiarezza delle disposizioni. Egli afferma che "*Dal combinato disposto della disposizione di cui al comma 1 con la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 12 si ricavano, a questo punto, i seguenti principi in materia di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice contabile sulle fattispecie di responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti delle società partecipate pubbliche:*

a) i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti, in via generale, alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, così affermandosi, come criterio di riparto di carattere generale, la giurisdizione del giudice ordinario sulle ipotesi di responsabilità civile in cui dovessero incorrere gli stessi componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate (art. 12, comma 1, prima parte, del nuovo Testo unico);

b) è fatta (in ogni caso – nda) "salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house" (art. 12, comma 1, prima parte del nuovo Testo unico);

c) oltre al danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house, è devoluto alla giurisdizione della Corte dei conti il danno erariale delle altre tipologie di società partecipate pubbliche (anche non in house), ma solo "nei limiti della quota di partecipazione pubblica" (art. 12, comma 1, prima parte del nuovo Testo unico), sia quando si configura come danno patrimoniale, sia allorquando si configura come danno non patrimoniale, affermandosi così esplicitamente la giurisdizione della Corte dei conti sul danno all'immagine;

d) il danno erariale la cui giurisdizione è devoluta, in base al comma 1 dello stesso art. 12, alla Corte dei conti è quello "subito dagli enti partecipanti" e non quello subito dalla stessa società partecipata pubblica (art. 12, comma 2, prima parte del nuovo Testo unico);

e) il danno erariale la cui giurisdizione è devoluta, in base al comma 1 dello stesso art. 12, alla Corte dei conti ricomprende il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione, omettendo di esercitare l'azione di responsabilità sociale".

Poco dopo, "*In definitiva, il legislatore delegato, nel porre tanti lacci e lacciuoli alla giurisdizione della Corte dei conti sulle fattispecie di responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti delle società partecipate pubbliche, pur avendo sicuramente rispettato pedissequamente la forma, la natura e il regime codicistico delle società partecipate pubbliche, si è preoccupato più di tutelare e limitare i danni nei confronti dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle stesse società partecipate pubbliche, piuttosto che preoccuparsi di una effettiva ed efficace tutela della finanza pubblica e delle risorse pubbliche coinvolte nella gestione e nel patrimonio delle stesse*."

Detta posizione appare condivisa, sia pure con altri accenti, da chi propugnava, con riguardo alla giurisdizione, un'azione del legislatore più incisiva, "*avviando una stagione indirizzata, con maggiore decisione, verso l'effettiva tutela dell'erario e volta a superare i molti problemi interpretativi che i diversi giudici hanno posto sul tappeto.*

Va osservato che, limitare l'ambito della giurisdizione della Corte dei conti, restringe il novero dei responsabili tenuti al ristoro del danno patito dall'Erario, rendendo assai difficoltosa, se non del tutto vana, l'azione di recupero, rimessa all'iniziativa di soggetti in oggettiva posizione di contiguità con i danneggianti; iniziativa peraltro discrezionale e non doverosa, visto che l'azione civile non presenta i caratteri dell'obbligatorietà e necessarietà di quella contabile (art. 82 R.D. n. 2440/1923, Legge cont. Stato). La soluzione tracciata, seppure

migliorativa rispetto al precedente assetto è, sul piano dell'effettività, non del tutto soddisfacente a causa dei diversi dubbi interpretativi ancora presenti." [12].

Non si vuole, al momento, opporre una diversa lettura tecnica delle disposizioni citate, ma pare evidente che, qualunque lettura si voglia dare all'art. 12 citato, certo è che si è rispettato solo in parte quanto disposto in proposito dalla legge delega.

Peraltro, la stessa Autrice ha anche sostenuto che l'attuale formulazione dell'art. 12, 1 comma, seconda parte, "*non espone con chiarezza le linee di azione e solleva diversi dubbi interpretativi, assegnando ancora una volta al giudice il compito non facile di definire gli ambiti di competenza in una materia così complessa. Nel caso, quindi, di partecipazioni non totalitarie, è necessario analizzare con particolare attenzione il disposto dell'art. 12, comma 1, seconda parte e valutare nell'ambito della ratio legis, l'ampio dibattito che ha preceduto tale ultima formulazione e convenire che esiste un quid novi al quale l'interprete deve rapportarsi. Per la sua specifica collocazione, oltre che per la sua formulazione, questa attribuzione di giurisdizione alla Corte dei conti può ritenersi ulteriore, rispetto a quella specificamente prevista per le società in house. Al riguardo si potrebbe argomentare che, alla luce del mutato quadro della disciplina europea sui disavanzi eccessivi, a tutela dell'erario pubblico e degli equilibri di bilancio delle amministrazioni pubbliche, l'azione sarebbe esperibile non solo verso gli amministratori delle società in house, ma nei confronti degli amministratori di qualsiasi società partecipata da soggetti pubblici con il solo limite costituito dalla quota di partecipazione pubblica, visto che in tale misura il danno si riflette sulla posizione dell'ente. In tale caso la norma è diretta a tutelare, non il patrimonio sociale ma il patrimonio pubblico dell'amministrazione partecipante, che è titolare del risarcimento. Responsabilità che concorre con quella ordinaria secondo il consolidato principio del c.d "doppio binario" che non crea particolari problemi applicativi, in quanto i rapporti fra di differenti azioni concorrenti, generati dalle medesime condotte illecite, sono retti dal principio dell'interesse ad agire (art. 100 cpc).*"

Naturalmente, la concorrenza tra le azioni e il cd. "Doppio binario" occorre valutare se possano resistere al principio dell'eliminazione di ogni sovrapposizione, che non attiene solo alla ovvia circostanza che il danno eventualmente accertato da entrambe le giurisdizioni non può comportare una duplicazione dello stesso, ma riguarda la stessa possibilità astratta di essere sottoposti ad una pluralità di azioni per una stessa condotta e per la protezione e tutela di uno stesso bene o interesse.

Non si può che condividere, allora, una riflessione di ordine generale, secondo la quale "*Nel predetto contesto di riferimento, il tenore dell'art. 12 del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, nonostante il "fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa ..." etc. e di sancire una "c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amminstrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate" assegnato dall'art. 18 comma 1 della legge delega, fornisce risposte testuali tutt'altro che univoche. Infatti, se il Testo Unico è chiarissimo nel riconoscere per più versi (art. 12, 16) la specificità e sostanza pubblicistica della società in house, tutt'altro che chiaro, quanto meno sotto il profilo testuale, è il perimetro che ne risulta quanto alla giurisdizione della Corte dei conti in materia*"[13].

L'Autrice giustamente si domanda quale sia la corretta lettura tecnica delle disposizioni, giungendo a conclusioni tuttl'altro che lusinghiere quanto all'opera del legislatore: la "*devolu(zione) alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, (del)la giurisdizione sulle contro-*

[12] POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti sulle società pubbliche a seguito del testo unico, in Le Società Pubbliche*, op. cit., p. 538.

[13] MORGANTE, *Le azioni di responsabilità relative allae società a partecipazionme unica nel testo unico, in Le Società Pubbliche*, op. cit., p. 609 e seguenti.

versie in materia di danno erariale di cui al comma 2" sancita dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 12:

a) va interpretata come una specificazione dell'ambito e del perimetro della "salvezza" della "giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house"

b) oppure va interpretata come una norma di portata generale che va a combinarsi e a delimitare l'altra norma di portata generale contenuta nella prima parte del primo periodo del comma 1 ("I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali ...") sancendo una dicotomia di fondo tra il regime del danno arrecato direttamente alla società (ad esempio al suo patrimonio o alle sue prospettive reddituali), soggetto alla disciplina societaria e dunque alla giurisdizione del Giudice ordinario, e il regime del "danno erariale di cui al comma 2" ossia del "danno, patrimoniale o non patrimoniale, subìto dagli enti partecipanti", "devoluto" alla giurisdizione della "Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica", con l'unica eccezione rappresentata dalla "salvezza" della "giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house", peraltro qui intesa quale giurisdizione piena, riferita anche al danno arrecato direttamente alla società e non delimitata al solo perimetro del danno subìto dagli enti partecipanti come circoscritto dal comma 2?

Tale seconda esegesi, pur nella obiettiva ambiguità testuale che la norma presenta – a dispetto del "fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa ..." oltre che una "c) 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" assegnati dall'art. 18 comma 1 della legge delega n. 124/2015 – appare quella maggiormente idonea ad armonizzarsi con il complessivo sistema ordinamentale, così come ricostruito negli orientamenti che si sono consolidati nella giurisprudenza di legittimità e contabile sostanzialmente nel corso degli ultimi 15 anni.".

Potrebbero, a dire il vero, prospettarsi altre plausibili interpretazioni, a volte più limitative, altre volte ampliative dell'ambito di giurisdizione della Corte dei Conti. Ad esempio, potrebbe ritenersi che la definizione del danno erariale perseguibile, di cui al comma 2 dell'art. 12 in esame, si applichi anche agli amministratori e dipendenti delle società in house, con l'effetto che si eliminerebbe la sovrapposizione delle due giurisdizioni, rimanendo il giudice ordinario competente per tutte le azioni che riguardino la lesione del patrimonio della società da parte di amministratori o dipendenti (o organi di controllo, non si sa perché omessi dalla disposizione) anche per le società in house, e il giudice contabile competente a perseguire in danno erariale costituito dalla lesione al patrimonio materiale o immateriale dell'ente pubblico partecipante (ivi compresa la lesione provocata dal mancato esercizio dell'azione di responsabilità verso gli amministratori della società partecipata).

Il risultato, ai fini che qui rilevano, non cambia: la disciplina non pare rispettare i criteri di delega.

L'effetto che la disciplina ambigua provoca è costituito dalla necessità di affannosa ricerca di un significato plausibile ed equilibrato, che finisce quasi sempre per coincidere con le posizioni che faticosamente la giurisprudenza contabile e di Cassazione hanno raggiunto. Infatti, "*non può quindi che propendersi per l'altra opzione interpretativa che, in linea con gli esposti approdi giurisprudenziali consolidati, considera la "devolu(zione) alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, (del)la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2" sancita dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 12 come un principio generale che va a combinarsi e a*

delimitare l'altro principio generale sancito dalla prima parte del primo periodo del comma 1 ("I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali ..."), così canonizzando quella dicotomia di fondo, sulla quale si è attestata e consolidata la giurisprudenza, riconosciuta tra il regime del danno arrecato "direttamente" alla società (ad esempio al suo patrimonio o alle sue prospettive reddituali), soggetto alla disciplina societaria e dunque alla giurisdizione del Giudice ordinario, e il regime del "danno erariale di cui al comma 2" ossia del "danno, patrimoniale o non patrimoniale, subìto dagli enti partecipanti", "devoluto" alla giurisdizione della "Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica".

"Un ulteriore dubbio attiene al fatto che l'art. 12, nel fare "salva" l'azione di responsabilità erariale per le società in house, non chiarisce se tale azione da esercitarsi ad opera del Procuratore contabile innanzi alla Corte dei conti sia da ritenersi, rispetto alle azioni societarie ex art. 2393-2395 c.c., preclusiva o concorrente. Anche qui, la risposta non è agevole dal momento che l'art. 18 della legge delega esprime un principio di "h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo": principio, da un punto di vista letterale, dovrebbe condurre a ritenere come esclusiva una giurisdizione contabile che, peraltro, elemento che non può essere ignorato in sede esegetica, è sempre stata ritenuta "concorrente" e "parallela" rispetto a quella risarcitoria civilistica (S.U. sent. n. 26283/2013)" [14].

L'autrice conclude, perciò, che "*Certamente auspicabili e auspicate erano le finalità assegnate al Legislatore delegato dall'art. 18 della legge-delega n. 124/2015: semplificazione normativa, certezza del diritto, definizione precisa del regime delle responsabilità, eliminazione delle sovrapposizioni di regole e istituti ispirati alle medesime esigenze. E' tuttavia lecito domandarsi in che misura tali finalità siano state concretamente realizzate, alla luce delle esposte ambiguità testuali dell'art. 12 del Testo unico e della necessità, per poterne dare una lettura in qualche modo armonizzata con l'ordinamento giuridico complessivo, comunque di fare costante ricorso agli esposti orientamenti giurisprudenziali che già si erano consolidati in epoca antecedente al Testo unico. Orientamenti giurisprudenziali consolidati che, peraltro, a seguito delle ambiguità testuali normative, rischiano addirittura di venire nuovamente rimessi in discussione, a detrimento della certezza del diritto, dei principi del "giusto processo" (art. 111 Cost.) e di tutti gli sforzi che la giurisprudenza ha negli anni compiuto per pervenire a un assetto del riparto della giurisdizione in materia di responsabilità societaria che pareva essersi finalmente stabilizzato sulle posizioni canonizzate dalla ricordata sentenza delle S.U. n. 26283/2013".*

Come non concordare con queste conclusioni?

3.3. Ma le società pubbliche sono soggette alle procedure fallimentari? E anche quelle in house?

La crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica è disciplinata principalmente dall'art. 14 del decreto legislativo, ma una certa influen-

[14] MORGANTE, op. cit. p. 644; si veda anche SCIASCIA (Michael), *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema delle partecipazioni pubbliche delineato dal testo unico*, in Le Società Pubbliche, op. cit., p. 165, anche quanto alla estensione della giurisdizione contabile alle ipotesi di giudizio di conto; GRASSO, op. cit., p. 105 e ss., il quale, pur prendendo atto che alla fine di tratta di opzioni interpretative conseguenti a scelte valoriali, preferisce non applicare il regime di cui al comma 2 dell'art. 12 anche alle società in house, concludendo che il tratto di specialità della disciplina delle società pubbliche finisce per superare qualunque elaborazione concettuale, in quanto il legislatore, nell'interesse pubblico, è sempre intervenuto a cadenze periodiche e "*Un motivo, verosimilmente, ci sarà*"; CERIONI, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in Le società pubbliche nel testo unico, op. cit., p. 149 e seguenti, il quale effettua un'interessante ricognizione dei danni patrimoniali e non sopportati, in particolare, dall'ente pubblico socio e proponde, pare, per una concorrenza di giurisdizioni sugli amministratori delle società in house.

za sulla problematica hanno anche le disposizioni di cui al successivo art. 21.
In modo netto, il citato art. 14 stabilisce che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria di grandi imprese insolventi.
Sebbene il comma 2 dell'articolo si riferisca alle società a controllo pubblico e il comma 6 successivo faccia riferimento alle società a controllo pubblico che abbiano ricevuto affidamenti diretti (quindi ragionevolmente le società in house), può con relativa tranquillità ritenersi che la statuizione di cui al comma 1, riguardante come detto in via generale le società a partecipazione pubblica, sia applicabile a qualunque delle società partecipate e definite all'art. 2, comma 1, lettere da l) a p).
Ciò significherebbe che, almeno quanto alla problematica della soggezione alle disposizioni fallimentari, che una posizione chiara sia stata assunta dal legislatore delegato, che parrebbe aver contemplato tra le società pubbliche soggette al fallimento anche quelle in house.
Si tratta, tuttavia, di comprendere come tale provvisoria conclusione possa armonizzarsi con le disposizioni di cui all'art. 21, che prevedono un obbligo di accantonamento nel bilancio delle amministrazioni locali partecipanti di risorse pari (in proporzione alla partecipazione) al risultato negativo dell'esercizio delle partecipate, anche al fine di rendere tali risorse poi disponibili per ripiani di dette perdite. In altri termini, e con riferimento alle società partecipate da enti locali, in ipotesi di perdite di esercizio di società in house, l'intera perdita di esercizio, se la partecipazione totalitaria non è dismessa o la società non sia posta in liquidazione, viene ripianata con le risorse che a tal fine, ed obbligatoriamente, l'ente locale ha appostato in un fondo vincolato nel proprio bilancio.
Potrebbe allora sollevarsi un dubbio: se la società in house presenta perdite e l'ente proprietario della partecipazione totalitaria non ritenga di dismettere la partecipazione stessa o porre in liquidazione la società, non si potrà fare a meno di ripianare le stesse perdite per consentire una gestione adeguata e per evitare ipotesi di fallimento. Potrebbe sostenersi che il ripiano è possibile ma non rappresenta una scelta vincolata, ma allora non è dato comprendere a quale fine l'ente locale sia obbligato a costituire nel proprio bilancio un fondo vincolato.
In altri termini, pare emergere una ambiguità di fondo proprio sul tema maggiormente problematico, in quanto se da un lato astrattamente anche le società in house sarebbero soggette al fallimento, dall'altro si creano le condizioni legali affinchè questo non sia mai in concreto possibile[15].
Del resto, ancora una volta è mancata una definizione chiara, da parte del legislatore delegato, della natura, e delle sue conseguenze, della società *in house providing*, disciplinate in via generale dall'art. 16 del decreto legislativo n. 175 ma anche dal decreto legislativo n. 50 del 2016, quanto alla disciplina sugli appalti pubblici.
Se solo si pone mente al mancato coordinamento delle due discipline e ad alcune incredibili disposizioni contenute nell'art. 16, non si fa fatica a percepire un certo grado di confusione, a dir così, elaborativa.
In effetti, ed in prima approssimazione: a) il comma 1 stabilisce che le società in house "ricevono" affidamenti diretti di contratti pubblici da parte delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo, quasi a voler sottolineare che sussista una sorta di vincolo all'affidamento diretto e di aspettativa legale da parte del soggetto affidatario; invece, la disciplina dell'Unione europea e del codice degli appalti italiano stabiliscono, appropriatamente,

[15] In proposito, si veda CAROSI-CAPALBO-SORRENTINO, *Le norme finanziarie sulle società partecipate dalle amministrazioni locali*, in Le Società Pubbliche, op. cit. p. 807 e ss.

che in presenza delle condizioni per le quali si riconosca la natura in house di una società, l'affidamento "non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice" (art. 5 , comma 1, codice appalti), con l'effetto che rimane "possibile" (e non certo costituisce un obbligo) stipulare un contratto con applicazione dell'art. 4 del codice e nel rispetto della procedura di cui all'art. 192 dello stesso codice; b) l'art. 192 citato è richiamato, sì, dall'art. 16 in esame, ma al comma 7, in modo del tutto inappropriato, in quanto detto comma dapprima semplicemente stabilisce (ovviamente) che le società in house devono applicare il codice degli appalti per i loro acquisti sul mercato di beni, servizi e lavori, ma poi si legge che resta fermo quanto previsto nell'art. 192 del codice degli appalti, che invece attiene alla valutazione che la stazione appaltante deve effettuare al fine di orientarsi verso l'affidamento diretto alla propria società in house (la collocazione della disposizione è incomprensibile); c) la condizione prevista all'art. 5, comma 1, lettera b), del codice degli appalti, costituita dalla necessità che "*oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi*", finisce per divenire una clausola dello statuto della società in house (art. 16, comma 3, del c.d testo unico), come se ciò costituisse un valore aggiunto, senza interrogarsi quale efficacia e compatibilità possa avere tale previsione, tenuto conto dell'impianto del codice civile in tema di società e della circostanza che le condizioni per l'affidamento in house devono essere verificate di volta in volta per ciascuno degli affidamenti, indipendentemente dalla sussistenza di clausole statutarie; d) ai commi 5 e 6 dello stesso art. 16, si ipotizza che una società in house possa rinunciare agli affidamenti diretti, anche in corso di esecuzione, senza prevedere alcuna forma di consenso da parte dell'amministrazione di riferimento e con effetti a dir poco paradossali.

In definitiva, la disciplina adottata complessivamente è suscettibile di essere letta ed interpretata secondo prospettive significativamente diversificate (se non opposte), che si muovono su paradigmi di partenza non omogenei.

Si ritiene, infatti, che "*Affermare che la mancanza di alterità soggettiva genera ai fini fallimentari l'esenzione, equivale a dire che la società coincide con l'ente pubblico, ed il passaggio successivo naturale è che la responsabilità delle obbligazioni sociali è dell'ente pubblico, almeno in via sussidiaria. Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento si arriva al risultato clamoroso e devastante per la finanza pubblica (ed in particolare per i bilanci degli enti locali) che i creditori sociali della società in house divengono tutti creditori dell'ente pubblico, verso cui possono agire in via diretta. L'orientamento della suprema Corte, frutto di un intento diretto a salvaguardare l'erario dalla diffusa mala gestio degli organi sociali di società strumentali, raggiungerebbe così, per una sorta di "eterogenesi dei fini", il risultato esattamente opposto cioè quello di aprire una voragine nei conti pubblici derivante dalla responsabilità diretta delle pubbliche amministrazioni per tutti i debiti contratti dalle famigerate società in house providing*"[16].

Sotto altro profilo, però, si ritiene anche che "*Se la partecipazione pubblica non è sufficiente ad alterare la tipicità strutturale del negozio societario, non altrettanto può dirsi per la sua conformazione causale.*

Quando l'interesse pubblico penetra all'interno dell'atto negoziale, finisce inevitabilmente per contaminarne anche la fisionomia causale, pur lasciandone inalterata la tipicità strutturale, che non può

[16] FIMMANÒ, *Il macrobloblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico – socio per abuso del dominio della società partecipata*, in Le Società Pubbliche, op. cit., p. 89-90

non determinare ricadute sotto il profilo sistematico e delle regole applicabili"[17].

In dipendenza dell'accentuazione dei tratti privatistici o pubblicistici si finisce per propendere per una tesi o altra, laddove la norma rimane ambigua. In effetti, "*La volontà del legislatore appare chiara nell'affermare con nettezza l'assoggettamento alle "ordinarie" procedure concorsuali di tutte le società a partecipazione pubblica, superando le varie tesi che limitavano tale accesso a talune di dette società ed abbandonando le incertezze che imperavano finora in argomento anche tra gli operatori pratici.*

Se la ratio legis è di immediata evidenza, non altrettanto felice è la tecnica normativa, che suscita taluni interrogativi"[18]. Gli interrogativi si concentrano anche sulle società in house, per le quali "*Da un lato, può ragionevolmente ritenersi che tra «società a partecipazione pubblica» e «società in house» sussista, con riferimento all'intero T.U., un rapporto di genus a species, in forza del quale le seconde rappresentano una peculiare categoria di società a partecipazione pubblica. Ne consegue che, ogni qualvolta il T.U. imponga l'applicazione di una determinata disposizione normativa alle «società a partecipazione pubblica», tale disposizione opera, salva diversa previsione, anche con riferimento alle «società in house».*

Dall'altro lato, il comma 6 del medesimo art. 14 T.U. disciplina le conseguenze della dichiarazione di fallimento «di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti»… . Considerato che, ai sensi dell'art. 16 T.U., le società titolari di affidamenti diretti sono le «società in house», ne consegue che il legislatore, nel disciplinare i limiti a carico delle pubbliche amministrazioni derivanti dal fallimento delle «società in house», abbia implicitamente previsto la fallibilità di queste ultime"[19]. Ma è proprio tale meccanico procedere che non convince del tutto, insieme alla circostanza che (ci si domanda perchè) la sottoposizione al regime fallimentare debba considerarsi "implicita".

Diversamente, in mancanza di disposizioni esplicite, o comunque non ambigue, non pare inutile uno sforzo ermeneutico che valorizzi la "*… teoria della causa intesa quale funzione economico-individuale del contratto, come tale suscettibile di essere adattata ai casi concreti nel rispetto del limite della meritevolezza degli interessi perseguiti. In particolare, la flessibilità della causa societatis emerge anche dalla sussistenza (si intende dimostrare) di una "causa pubblica", disciplinata nell'art. 2449 c.c. ed oggi delineata dal nuovo Testo Unico, alla quale si è dedicata particolare attenzione*"[20].

In tale prospettiva, può ritenersi che"*… la qualificazione pubblica o privata di una società partecipata da enti pubblici è dipendente dalla sussistenza e dall'intensità dei poteri pubblicistici di controllo e direzione da parte del socio pubblico e dalla misura della partecipazione. Occorre una analisi dei "poteri" del socio pubblico, come individuati nella legge istitutrice e nello statuto della società. Proprio attraverso l'esame delle norme statutarie sarà possibile individuare quale sia "l'anima" della società: se essa abbia "un'anima pubblica" o "un'anima privata". Bisognerà, inoltre, guardare ai patti parasociali, ove esistenti, nei quali possono prevedersi forme particolari di ingerenza del socio pubblico nella gestione e nel controllo della società*"[21]. In altri termini, si potrebbe ipotizzare una causa tipica "pubblica" differenziata dalla causa lucrativa o privatistica, soprattutto in ragione proprio del contenuto dell'art. 4 del testo unico, che prefigura quale presupposto condizionante la strumentalità alle finalità istituzionali dell'ente partecipante, e ciò

[17] CAMPOFILONI, *Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse*, in Le Società Pubbliche, op. cit., p. 379

[18] D'ATTORRE, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in Le Società Pubbliche, op. cit., p. 674.

[19] D'ATTORRE, op. cit., in Le Società Pubbliche, op. cit., p. 675.

[20] GUARINO, La "causa pubblica" alla luce del testo unico n. 175 del 2016, in Le Società Pubbliche, op. cit., p. 282.

[21] GUARINO, op. cit..

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

a maggior ragione quanto al vincolo ancor più stretto sussistente nell'ipotesi di società in house, per le quali la finalità lucrativa è esclusa o, meglio, impedita.

"*Con il Testo Unico n. 175 del 2016 è stata positivizzata la "causa pubblica" mediante il riferimento alle finalità istituzionali dell'ente pubblico, di cui all'art. 4, comma 1. Possiamo, dunque, affermare, che con il contratto di società pubblica, ex art. 2449 c.c., i soci conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di perseguire le "proprie" finalità istituzionali*"[22].

Non si vuole, tuttavia, sottovalutare la complessità del percorso ricostruttivo sopra evidenziato, che tende a valorizzare le finalità della scelta costitutiva o partecipativa della società da parte dell'ente pubblico per opporle a quella lucrativa, finalità precipua della scelta del privato; la finalità finisce per costituire l'elemento significativo per la qualificazione della causa tipica e quindi della natura della società, a fronte di un sistema codicistico che non sembra accettare tale distinzione almeno quanto allo schema tipico del contratto societario, alquanto neutrale sul punto[23].

Può, allora, legittimamente dubitarsi che l'analisi sostanzialistica possa prescindere dal dato formale e consentire la ricostruibilità di uno statuto giuridico tanto differenziato delle società pubbliche da costituire un tipo o un genere a sè stante.

Vero è che le società in house providing, per statuto di legge, non possono svolgere attività commerciale o industriale (se non nei limiti del 20%), ma solo perseguono finalità di interesse generale, ma ciò non pare allo stato sufficiente quanto a elidere la natura privatistica del tipo societario, sia pure riconoscendo il regime giuridico derogatorio, proprio per l'attrazione pubblicistica. Ma allora, detti soggetti, pur operatori economici nell'accezione comunitaria, difficilmente potrebbero in senso proprio considerarsi imprenditori commerciali, con la conseguenza che dare per scontato, implicitamente, che si tratti di soggetti fallibili rappresenta una posizione interpretativa valevole e plausibile almeno quanto quella opposta.

Proprio in ciò la critica al testo unico sulle società pubbliche, che avrebbe dovuto, con coerenza, in modo esplicito definire la fallibilità o meno delle società in house, sebbene non si possa non evidenziare come, indipendentemente da ogni configurazione giuridica astratta, spetti solo al giudice del fallimento valutare in concreto la presenza delle condizioni e dei presupposti, soggettivi ed oggettivi, per la dichiarazione di fallimento, con buon uso di ogni ricostruzione dommatica.

4. Considerazioni conclusive

In definitiva, pare sufficientemente acclarato che, almeno quanto alle problematiche affrontate, il testo unico non pare aver rispettato i principi e criteri direttivi, sotto molteplici aspetti, già delineati e descritti analiticamente.

Quali possono essere le conseguenze di tale non piena conformità sul piano sostanziale e quello formale non è facile a dirsi, ma comunque non può non auspicarsi un intervento correttivo corposo.

Certo, la mancata adozione di un testo unico che davvero fosse esaustivo della regolazione del sistema delle partecipate pubbliche non potrà, nella sostanza, che accentuare una serie di incertezze applicative quanto alle "aree" non prese in considerazione, consentendo la ricostruzione su base empirica di discipline personalizzate, che di volta in volta potranno essere funzionali ad interessi, a dir così, secondari.

La non chiara definizione del regime delle responsabilità degli amministratori di società pubbliche comporterà, purtroppo, il perpetuar-

[22] GUARINO, op. cit., p. 311.

[23] Si veda GOISIS – CODAZZI, Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica, in Le società pubbliche nel Testo Unico, op. cit., p. 395 e ss.

si di incertezze sul piano della giurisdizione, ma soprattutto continuerà ad aggravare la gestione societaria, che risulterà ben più complessa della gestione di qualunque società lucrativa partecipata da privati, dovendo l'organo di amministrazione rispondere dell'esercizio della propria discrezionalità gestoria allo stesso tempo rispettando sia canoni civilistici sia principi pubblicistici (ciò che in parte appare inevitabile).

Allo stesso modo, la questione, aperta, della fallibilità delle società in house, ripropone tutte le incertezze derivanti dalla sovrapposizione di regole pubblicistiche ed istituti privatistici, con l'aggravante del mancato coordinamento tra testi unici.

Quanto al profilo più strettamente formale, la violazione, anche solo parziale, dei principi e criteri direttivi finisce per incidere quanto alla frangibilità costituzionale del decreto legislativo, ma su tali aspetti solo la Corte Costituzionale potrà fare chiarezza[24].

[24] "*Va premesso che le disposizioni contenute nella legge delega concorrono a formare, quali norme interposte, il parametro di costituzionalità dei decreti legislativi delegati.*
E in proposito la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 134 del 2013) ha affermato che il contenuto della delega non può essere individuato senza tenere conto del sistema normativo complessivo, poiché soltanto l'identificazione della sua ratio consente di verificare se la norma delegata sia con essa coerente.
Si è ritenuto anche che il legislatore abbia margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che, appunto, ne rispetti la ratio e che si inserisca in modo coerente nel relativo quadro normativo, con la conseguenza che rientra nei suoi poteri fare delle scelte fra i possibili modi di realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, scelte di cui peraltro occorre verificare la ragionevolezza (sentenza n. 119 del 2012)"Corte Cost., n. 237 del 2013.