amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Limiti gestori nella razionalizzazione delle società pubbliche.

di Francesca Angiolini

(Professore associato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

Sommario

1. Il problema. 2. Razionalizzazione delle società pubbliche. 3. I limiti delle partecipate. 4. I poteri dei liquidatori. 5. Le eccezioni. 6. Il fenomeno degli accantonamenti. 7. I soggetti responsabili. 8. Profili di giurisdizione. 9. Osservazioni conclusive.

Abstract

The liquidation phase of the companies has very peculiar elements such as to characterize it with respect to the physiological management, as the management body, in the liquidation, has powers limited in the indications of the law and in the will of the shareholders' meeting, where expressed. In the presence of public companies, then, the discipline has even more stringent limits and the phenomenon manifests itself with even greater evidence at the outcome of a rationalization procedure. The exceptions to the regulations of common corporate law which characterize, with varying intensity depending on the degree of participation and powers of the public shareholder, public companies remain, in fact, even in the liquidation phase, where the ordinary powers and duties imposed on liquidators for the primary protection of corporate creditors and then of shareholders are also added the additional powers and duties set for the protection of the public shareholder.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Il problema.

La fase liquidatoria delle società presenta elementi del tutto peculiari tali da caratterizzarla rispetto alla gestione fisiologica, in quanto l'organo gestorio, nella liquidazione, ha poteri confinati nelle indicazioni di legge e nella volontà dell'organo assembleare, ove espressa. In presenza di società pubbliche, poi, la disciplina presenta limiti ancor più stringenti ed il fenomeno si manifesta con ancora maggiore evidenza all'esito di un procedimento di razionalizzazione. Le deroghe alla disciplina di diritto comune societario che caratterizzano, con diversa intensità a seconda del grado di partecipazione e poteri del socio pubblico, le società pubbliche permangono, infatti, anche nella fase di liquidazione, dove agli ordinari poteri e doveri imposti ai liquidatori per la tutela primaria dei creditori sociali e poi dei soci si aggiungono anche gli ulteriori poteri e doveri posti a tutela del socio pubblico.

L'indagine è così diretta a individuare quali siano gli specifici elementi distintivi e caratterizzanti che definiscono i poteri gestori dei liquidatori nelle società pubbliche, e ciò anche con riferimento ai procedimenti di cd. razionalizzazione delle partecipazioni imposte dalla normativa.

2. *Razionalizzazione delle società pubbliche.*

Nel tracciarne le caratteristiche, ricordiamo che per le società pubbliche trovano applicazione regole analoghe a quelle previste per gli enti di diritto comune, fatta eccezione per le deroghe previste dalle disposizioni speciali contenute nel d. lgs. 176/2016[1], Testo Unico delle Società pubbliche, che è intervenuto regolando organicamente la complessa materia[2].

Le divergenze rispetto alla disciplina generale, in realtà, non sono correlate alla natura dei soci pubblici o all'oggetto sociale perseguito, ma alla collocazione dell'ente all'interno delle varie categorie di società pubbliche[3].

Il T.u.s.p. ne contempla infatti varie ipotesi, operando una distinzione tra le società definite a "partecipazione pubblica" - in cui l'ente pubblico detiene direttamente partecipazioni sociali che attribuiscono il diritto di voto[4] - e quelle a "controllo pubblico"[5]. Queste ultime sono definite tali in quanto il potere di controllo viene

[1] Cfr. C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 958.

[2] Sancisce l'art. 1, co. 3, T.U.S.P. che «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».

[3] C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit., 965.

[4] Cfr. G. D'ATTORRE- C. PECORARO, *Le società pubbliche nel mercato: introduzione*, in *Società di diritto speciale*, a cura di G. D'Attorre - A.V. Guccione - C. Pecoraro - F. Vella, Milano, 2022, 202.

[5] Prevede l'art. 2 lett. b) che per «controllo» si intende «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo; c) «controllo analogo»: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli

ISSN 2036-7821

esercitato da una o più amministrazioni secondo il dettato dell'art. 2359 c.c.[6] o perché per l'assunzione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale (art. 2, lett.b) è necessario il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo in forza di clausole statutarie o di patti parasociali[7].

Completano il panorama le società c.d. *in house* in cui l'amministrazione esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (art. 2, lett. c)[8]; così, tra le società a partecipazione pubblica possono rientrare sia quelle a controllo pubblico che quelle *in house*[9].

In realtà, in caso di mera partecipazione dell'ente le regole non divergono in maniera sostanziale rispetto a quelle di diritto comune: in particolare è richiesta la corrispondenza dell'oggetto sociale a rigorosi requisiti, l'adozione di uno specifico modello societario e, al contempo, sono individuati limiti sia per la costituzione che per la conservazione di partecipazioni già in essere[10].

In presenza di controllo da parte del soggetto pubblico le variazioni rispetto alle disposizioni generali assumono, invece, maggiore consistenza essendo previsti criteri più rigidi per i controlli interni, oltre l'obbligo di predisporre programmi di valutazione del rischio aziendale in capo agli amministratori[11].

La disciplina prevede poi delle limitazioni sulle attività che la pubblica amministrazione può svolgere in forma societaria al fine di circoscrivere il numero delle società partecipate[12]; poiché spesso, in passato, ci si è trovati in presenza di enti poco produttivi e scarsamente efficienti, negli ultimi anni è stata avviata una

---

obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante».

[6] Dispone l'art. 2359 c.c. che «sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa».

[7] Art. 2, comma 1 lett. m) T.U.S.P. Cfr. R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definizioni tra diritto comune societario e Testo unico delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, cit., 202; V. DONATIVI, *"Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 747.

[8] Prevede l'art. 16 T.U.S.P. che «le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata».

[9] R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico.*, cit., 202. Cfr. C. PECORARO, *Le società* in house, in *Società di diritto speciale*, cit., 359.

[10] A. LIROSI – C. BASSOLINO, *Il processo di razionalizzazione*, in Aa. Vv., *Le Società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò-A. Catricalà-R. Cantone, Napoli, 2020, 2, 1536.

[11] G. D'ATTORRE- C. PECORARO, *Le società pubbliche nel mercato*, cit., 204.

[12] K. MARTUCCI, *La nozione di controllo pubblico nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2022, 1, 108.

ISSN 2036-7821

progressiva regolamentazione delle partecipate attraverso l'introduzione di disposizioni dirette a caratterizzarne l'assetto rispetto a quelle di diritto comune; l'obbligo di razionalizzazione[13], nato dall'esigenza di tutelare la concorrenza del mercato, contingentare la spesa pubblica e evitare un utilizzo non corretto del veicolo societario[14], rappresenta un esempio in tal senso.

In realtà, nella previsione originaria contemplata dal T.u.s.p. la strada da percorrere per dismettere le partecipazioni sembrava rappresentata unicamente dalla loro cessione a terzi; tale possibilità successivamente è stata affiancata anche da ulteriori ipotesi di razionalizzazione[15], una periodica ed una straordinaria.

In relazione al primo caso, ricordiamo che l'art. 20 T.u.s.p. dispone che le amministrazioni pubbliche siano chiamate a compiere, annualmente, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo un piano riorganizzativo per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione, qualora ricorrano determinati presupposti[16].

L'art. 24 T.u.s.p. prevede altresì che le partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche in società non riconducibili a determinate categorie[17], che non soddisfano specifici requisiti[18] o che ricadono in una

---

[13] A. LIROSI – C. BASSOLINO, *Il processo di razionalizzazione*, cit., 1529; per una compiuta ricostruzione della disciplina si rinvia a D. CENTRONE, *La revisione, straordinaria e periodica, delle società a partecipazione pubblica*, in Aa. Vv., *Le Società pubbliche*, cit., 1433.

[14] C. PECORARO, *Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica in società*, in *Società di diritto speciale*, cit., 217.

[15] G. MARASÀ, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Riv. soc.*, 2017, 4, 810.

[16] Cfr. Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Il processo di razionalizzarne delle partecipazioni societarie detenute dai ministeri e dagli altri enti pubblici soggetti al controllo delle Sezioni riunite della Corte dei conti*, Roma, novembre 2020.

[17] Prevede l'art. 4, d.lgs. 175/16 che «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (…)». Cfr. A. PALAZZOLO, *Società pubbliche: interesse generale, stretta necessità e discrezionalità nella dismissione delle partecipazioni di enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2021, 2, 278.

[18] I requisiti sono indicati dall'art. 5 d.lgs. 175/16 ove è previsto che «a eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. L'atto deliberativo di cui al comma 1 da' atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate».

ISSN 2036-7821

delle ipotesi di cui all'articolo 20, comma 2, debbano essere alienate o siano sottoposte alle misure di razionalizzazione periodica[19].
Al contrario, soluzioni più estreme, come quelle dello scioglimento, della liquidazione e successiva estinzione, andrebbero a rappresentare delle ipotesi eccezionali; la finalità primaria sembrerebbe essere quindi quella della vendita sia spontanea che "forzosa", qualora non sia stato possibile procedere diversamente nel termine di un anno[20].

3. I limiti delle partecipate.
Si evidenzia, in realtà, che la fase della liquidazione in presenza di un socio pubblico presenta elementi caratteristici rispetto alla disciplina codicistica, così da rendere ancor più complesso il procedimento estintivo.
Anche la giurisprudenza contabile, come rilevato[21], non ha mancato di evidenziarne le criticità in considerazione della eccessiva durata delle procedure, da attribuire in gran parte alla pendenza di contenziosi. Tale anomalia, oltre ad andare in contrasto con la disciplina generale, rappresenterebbe un ostacolo per l'attuazione delle revisioni programmate, finalizzate ad interesse generale che prescinde da quello del singolo socio[22].
In particolare, all'interno di una società pubblica è preclusa la possibilità di compiere operazioni che non siano strettamente dirette al procedimento estintivo quali, ad esempio, ricapitalizzazione, anticipazione di cassa, garanzie fideiussorie. L'attività, in tal caso, è infatti circoscritta alla definizione dei rapporti patrimoniali e finanziari

[19] Corte dei conti, (Marche) sez. reg. contr., 21/2018/PAR, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 6, 1351 rileva che «in sede di revisione straordinaria delle partecipazioni societarie, ai sensi del d.lg. n. 175/2016, il Comune che intenda mantenere la propria partecipazione in una società di gestione del servizio di farmacia comunale è tenuto a motivare le ragioni di economicità di tale partecipazione, ferma restando l'antieconomicità della partecipazione ad una società in situazione di perdita strutturale. Il bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute dei residenti, cui è funzionale la presenza e l'operatività di una farmacia in loco, che non può essere compresso oltre il suo "nucleo irrinunciabile" volto a tutelare la stessa dignità umana, con gli interessi finanziari dell'Ente, alla cui tutela sono diretti i piani di razionalizzazione, potrebbe essere perseguito attraverso una diretta forma di gestione societaria, con la partecipazione alla medesima dei farmacisti, come previsto dall'art. 9 l. n. 475/1968, ovvero con la cessione a terzi dell'attività». Qualora, poi, non sia stato effettuato l'atto ricognitivo o non sia avvenuta l'alienazione delle partecipazioni, il socio pubblico non potrà esercitare i diritti sociali, con la conseguente necessità di procedere alla alienazione della sua partecipazione in denaro, nel rispetto dei criteri dettati dall'art. 2437 – ter e 2437 *quater* c.c. (Cfr. V. S. AMBROSIO, *Socio pubblico, obblighi di dismissione e diritto sociali*, in *Riv. not.*, 2020, 1, 19).

[20] G. MARASÀ, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, cit., 811. Ricordiamo inoltre che le in caso di protratta inattività per tre esercizi consecutivi, ai sensi dell'art. 20, comma 9, le società sono cancellate d'ufficio. Cfr. G. NICCOLINI, *La cancellazione ex officio delle società a controllo pubblico*, in Aa. Vv. *Le società pubbliche*, 2, cit., 1103 s.

[21] C. VERMIGLIO - L.DICORATO, *Procedure di liquidazione delle società a partecipazione pubblica, procrastinazione e responsabilità*, in *ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com*, 26 marzo 2021.

[22] Corte dei conti, *Il processo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dai ministeri e dagli altri enti pubblici soggetti al controllo delle Sezioni riunite della Corte dei conti*, cit., 37.

ISSN 2036-7821

pendenti tra cui sono compresi quelli relativi alla ripartizione proporzionale tra i soci dell'eventuale patrimonio netto risultante all'esito della procedura[23]. E' agevole comprendere la *ratio* della scelta: se la finalità è quella di portare l'ente alla sua definitiva estinzione, ogni attività non il linea con il procedimento estintivo potrebbe andare in contrasto con gli interessi generali dell'ente e dei suoi soci.

In considerazione di tale confine, sono esigue anche le ipotesi in cui sia ammissibile un intervento di soccorso finanziario, diretto a mantenere in vita l'attività di impresa. Va considerato che sussiste tra la società e il socio pubblico una relazione di totale autonomia e, quindi, non è concessa alcuna intromissione nell'attività sociale per mezzo di atti autoritativi, ma solo attraverso gli strumenti previsti dalla disciplina generale del diritto societario[24].

Secondo giurisprudenza consolidata, qualora un ente locale ponga in essere dei trasferimenti di somme per ripianare l'incapienza finanziaria della società rispetto alla complessiva esposizione debitoria, in attuazione di un piano finanziario compiuto dal liquidatore durante la procedura, o a conclusione del bilancio finale di liquidazione, si andrebbe a configurare un'operazione economica assimilabile ad un accollo dei debiti della società, anche se non c'è alcuno specifico obbligo in capo all'ente partecipante. Infatti anche nelle società pubbliche, come in tutte le società di capitali, delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio e, per l'effetto, il socio pubblico risponde nei limiti della quota detenuta[25].

Si rileva, peraltro, che il divieto trova una applicazione più ampia, anche al di fuori della fase liquidativa. Nel ricostruire la disciplina, ricordiamo che secondo il dettato del D.L. 78/2010, art. 6, co. 19, «al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche (…) le amministrazioni (…) non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 c.c., effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società (…) a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti». Si comprende così come i giudici contabili, già prima dell'introduzione del T.u.s.p. ravvisassero la necessità di allontanarsi dal criterio del "salvataggio a tutti i costi" di enti partecipati da un socio pubblico in dissesto e non ammettessero la possibilità di "interventi

[23] Corte dei conti, (Piemonte), sez. reg. contr., 3/2018/SRCPIE/PAR e 159/2014/PRSE; *Ex plurimis,* Corte dei conti (Abruzzo), sez. reg. contr., 279/2015/PAR; Corte dei conti (Lombardia), sez. reg. contr., 42/2014/PAR e 260/2015/PRSE, Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 82/2013/PAR.

[24] F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019, 1, 71.

[25] Corte dei conti, (Piemonte), sez. reg. contr., 3/2018/SRCPIE/PAR, cit.

ISSN 2036-7821

tampone", con conseguente dispersione di risorse finanziarie a fondo perduto, in assenza di una strategia industriale finalizzata a realizzare una gestione efficiente, in un'ampia prospettiva temporale[26].

Sebbene la richiamata disposizione sia stata poi successivamente abrogata dall'entrata in vigore della novella, non sono stati eliminati dall'assetto generale i limiti al soccorso finanzario in precedenza individuati in quanto le nuove disposizioni sono andate sostanzialmente a recepire le previsioni richiamate[27].

In particolare, l'art. 14, comma 5, T.u.s.p. «fissa un generale divieto di disporre, a qualsiasi titolo, di erogazioni finanziarie "a fondo perduto" in favore di società in grave situazione deficitaria, relegando l'ammissibilità di trasferimenti straordinari ad ipotesi derogatoria e residuale, percorribile con finalità di risanamento aziendale e per il solo perseguimento di esigenze pubblicistiche di conclamato rilievo in quanto sottendenti prestazioni di servizi di interesse generale, ovvero la realizzazione di programmi di investimenti affidati e regolati convenzionalmente, secondo prospettive di continuità»[28].

Siamo in tal caso in presenza di una crisi "sistematica o strutturale" i cui sintomi, rappresentati dalla presenza di perdite per tre esercizi consecutivi o dall'utilizzo di riserve disponibili per il loro ripianamento, precludono la possibilità di effettuare sottoscrizione di aumenti di capitale, trasferimenti straordinari e aperture di credito[29]. Le perdite rappresentano allora un "*alarm bell*" tale da presupporre anche la crisi della società, in presenza dei predetti elementi[30].

Chiara appare la finalità della disciplina tesa ad arginare il fenomeno, consueto presso gli enti pubblici, di procedere ad interventi straordinari e ricapitalizzazioni diretti a coprire le perdite al solo di fine di garantire la continuità aziendale, anche in assenza di concrete prospettive di risanamento e finalità di interesse generale;

---

[26] Corte dei conti, (Abruzzo), sez. reg. contr., 279/2015/PAR

[27] Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 108/2020/PRSE.

[28] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., 66/2018/Par; Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 84/208/PAR; Corte dei conti, (Abruzzo), sez. reg. contr., del. n. 157/2020, in *Foro it.*, 2021, 4, III, 231 rileva che «il c.d. divieto di soccorso finanziario degli enti pubblici nei confronti delle società partecipate non consente all'ente socio di erogare contributi straordinari a favore di una società partecipata in perdita per tre esercizi consecutivi, a maggior ragione quando questa si trovi in stato di liquidazione, salvo che il contributo venga erogato a fronte di convenzioni con la società relative allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla realizzazione di investimenti e sia previsto da un piano di risanamento, approvato dall'autorità di regolazione del settore e comunicato alla Corte dei conti, il quale fornisca analitica motivazione delle ragioni di interesse sociale, convenienza economica e sostenibilità finanziaria alla base dell'operazione (nella specie, la sezione di controllo ha ritenuto irrilevante che il contributo sarebbe stato destinato a ripianare anche i debiti, emersi in fase di liquidazione, relativi alla regolarizzazione delle posizioni contributive e previdenziali del personale della società partecipata)».

[29] L. FRUSCIONE, *Gli strumenti d'intervento del socio pubblico a sostegno delle società partecipate in crisi*, in *Foro it.*, 2021, 4, 240.

[30] G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giur. comm.*, 2018, 2, 208.

ISSN 2036-7821

attraverso i divieti si cerca di limitare il continuo ricorso a risorse finanziarie pubbliche per mantenere in vita enti decotti[31].

Tale prassi, infatti, non fa altro che comportare un danno all'equilibrio di bilancio, andando in contrasto anche con le disposizioni di matrice comunitaria[32] che vietano ai soggetti economici operanti sul mercato di porsi in una posizione più vantaggiosa attraverso il riconoscimento di peculiari benefici[33].

Così, anche in presenza di società pubbliche è necessario fare riferimento alle dinamiche aziendalistiche e, per questo, l'attività deve essere parametrata a qualsiasi attività di impresa; per l'effetto, gli amministratori e i liquidatori delle società pubbliche devono operare in conformità dei principi di sana gestione e, al contempo, l'interesse pubblico a detenere partecipazioni non può prescindere dall'interesse a esercitare attività di impresa, nel rispetto del principio della "*business judgement rule*" [34].

Il socio pubblico sarà tenuto, quindi, ad agire al pari di un socio comune con la stessa "razionalità economica", considerando che il rischio di impresa può essere ripartito anche con altri soci privati[35] e che tale condivisione va a costituire un vantaggio per l'ente e, per l'effetto, anche per la collettività. Pertanto, ogni differente opzione tale da generare l'accollo di un rischio di credito o di impresa dovrebbe essere sorretta da una adeguata motivazione, in quanto foriera di ulteriori spese[36].

---

[31] L. FRUSCIONE, *Gli strumenti d'intervento del socio pubblico a sostegno delle società partecipate in crisi*, cit., 240.

[32] Sancisce l'art. 106 del TFUE che «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive».

[33] Corte dei Conti, (Abruzzo), sez. reg. contr., 279/2015 PAR.; Corte dei conti, (Puglia), sez. reg. contr., 29/2018 PAR.

[34] C. GUARDAMAGNA, *Spunti su amministrazione pubblica e partecipazioni societarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2021, 2, 298.

[35] «La società con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne possegga, in tutto o in parte, le quote di partecipazione: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al comune non essendo consentito di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società» (così, Cass., S.U., 31 luglio 2006, n.17287, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8**).**

[36] Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 535/2012 PAR, osservando come «la discrezionalità amministrativa, infatti, impone che ogni decisione venga assunta evidenziando la rispondenza della stessa agli scopi dell'amministrazione nonché a ragioni di efficienza, efficacia ed economicità, rispetto a decisioni alternative, come per esempio l'aumento di capitale o la ricapitalizzazione proporzionale da parte di tutti i soci ovvero la decisione di liquidazione. In altre parole, mentre per i soggetti privati tutto ciò che non è espressamente vietato è consentito, per i soggetti pubblici la capacità di compiere atti negoziali costituisce comunque attività

ISSN 2036-7821

Si va a palesare un criterio che acquista valore di principio generale, nel rispetto dell'art. 97 Cost. a cui si deve attenere la P.A., anche quando si avvale di risorse esterne[37]. Il ricorso a uno strumento privatistico non consente, pertanto, una alterazione delle regole di diritto societario e il suo utilizzo deve essere in linea con le finalità previste dall'ordinamento[38].

4. I poteri dei liquidatori.

È evidente che tale sistema generi delle conseguenze anche nei confronti dei liquidatori i cui poteri sono per questo compressi e che risulta possibile cogliere appieno andando a tracciare, preliminarmente, quelli che sono i limiti e i poteri dei liquidatori nelle società di diritto comune.

Secondo le regole generali, l'organo della liquidazione ha il potere di compiere le operazioni utili per la liquidazione della società.

La sfera di operatività dei liquidatori delle società di capitali non sarebbe però confinata solo agli atti propri della liquidazione, ma estesa anche ad attività gestorie, dovendo essere loro riconosciuta una competenza più ampia, tale da offrire la possibilità di gestire in maniera autonoma la fase estintiva, fatta eccezione per le limitazioni che possono derivare dall'atto costitutivo o dalla delibera assembleare[39].

Non è pacifico quali possano essere le conseguenze generate dall'espletamento di un'attività non espressa dai soci nella delibera assembleare; in particolare, dubbi interpretativi sussistono in relazione ai confini dei poteri loro attribuiti in quanto non è chiaro se l'ambito di azione conferito debba essere indicato espressamente dall'organo assembleare[40] o, al contrario, gli eventuali limiti imposti nella delibera abbiano carattere eccezionale e, pertanto, ai liquidatori possa essere concesso un

amministrativa, seppur di diritto privato e, pertanto, può essere legittimamente esercitata ed utilizzata nei limiti e in funzione delle attribuzioni che la legge riconosce all'ente, tanto più ove ciò impegni la finanza pubblica».

[37] F. BARBAGALLO, *L'art. 14, comma 5, del TUSPP: una norma di finanza pubblica*, in *Azienditalia*, 2021, 3, 485.

[38] C. GUARDAMAGNA, *Spunti su amministrazione pubblica e partecipazioni societarie*, cit., 300.

[39] «La sfera di operativita` dei liquidatori delle società di capitali non è limitata ad atti meramente liquidatori, ma si estende anche ad attivita` più propriamente gestorie, seppure in un'ottica conservativa; ai liquidatori deve percio` essere riconosciuta una competenza gestoria ampia che li rende arbitri nel gestire i tempi, i modi e le condizioni della realizzazione dell'attivo sociale, con le uniche limitazioni che possono derivare dall'atto costitutivo o dalla delibera dell'assemblea che li nomina», così, Trib. Milano 26 maggio 2011, in *Società*, 2012, 761 con nota di L. DI BRINA, *I poteri dei liquidatori di società di capitali.*

[40] Trib. Nocera Inferiore, 1 agosto 2012, in *dejure.it* rileva che «costituisce grave irregolarità la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del liquidatore di società per azioni senza una preventiva autorizzazione da parte dell'assemblea»; App. Milano, 16 dicembre 2014, n.4556, in *Ridare.it*, 23 giugno 2015 con nota di C. TATOZZI-D. DE RUSSIS, *La responsabilità del liquidatore di società di capitali per i danni arrecati ai soci dal compimento di atti gestori non immediatamente funzionali alla liquidazione dell'attivo sociale*. Rileva il provvedimento che «la peculiarità della funzione del liquidatore rispetto a quella dell'amministratore della società impone che, nell'esercizio dei poteri gestori, questi adempia con la dovuta diligenza e professionalità al compimento di atti utili alla liquidazione, ivi compresa la cessione d'azienda, in relazione alla quale il legislatore considera avere un ruolo prioritario l'assemblea dei soci in quanto deputata alla fissazione di criteri inderogabili volti a limitare (e indirizzare) il potere liquidatorio».

ISSN 2036-7821

margine di intervento più ampio all'interno del quale ricomprendere ogni atto utile e necessario alla fase estintiva[41].

Nonostante la posizione sul punto non sia univoca[42], l'orientamento preferibile sembra essere quello che aderisce ad una interpretazione più ampia, secondo cui i liquidatori sarebbero in possesso di tutti i poteri necessari per la liquidazione[43], anche considerazione del fatto che su di loro incombe una responsabilità analoga a quella degli amministratori[44].

La differenza più sensibile tra l'organo gestorio e i liquidatori andrebbe allora individuata proprio nella possibilità concessa all'assemblea di limitare i poteri di questi ultimi in fase di liquidazione[45] e, per questo, ci si dovrebbe attenere alle indicazioni offerte, tranne nel caso in cui contrastino con il dovere di conservazione dell'integrità patrimoniale. I liquidatori, infatti, sono responsabili per il loro operato[46] e rispondono non solo per i danni derivanti dalla violazione dei doveri dettati dalla legge, ma anche per quei comportamenti che non risultano in armonia con le finalità

---

[41] Cfr. Cass., 26 febbraio 2016, n. 3813, in *Ilsocietario.it*, 3 ottobre 2016, rilevando come «in tema di società per azioni, l'assemblea può disporre limitazioni dei poteri dei liquidatori anche con riguardo alla rappresentanza, sia sostanziale che processuale, della società stessa, sicchè, ove i poteri rappresentativi, senza distinzione fra attività negoziali ed attività processuali, risultino dall'assemblea conferiti congiuntamente a tutti i liquidatori, è inammissibile il ricorso per cassazione proposto per la società in base a mandato difensivo conferito da uno solo di essi».

[42] «Lo statuto legale dei liquidatori delle società di capitali (e delle società cooperative) non è identico a quello degli amministratori, atteso che i poteri di questi ultimi si presumono in base alla legge mentre quelli dei secondi devono risultare dalla deliberazione dell'assemblea che li ha nominati. Ne consegue che il potere dei liquidatori di deliberare la proposta e le condizioni di un concordato preventivo ai sensi dell'art. 152, co. 2, lett. b, L.F. non può ritenersi compreso nell'atto di nomina degli stessi, né può rientrare tra gli atti utili per la liquidazione della società di cui all'art. 2489, co. 1, c.c., ma deve essere loro specificamente attribuito dall'assemblea ex art. 2487, co. 1, c.c.», Così, Cass., 14 giugno 2016 n. 12273, in *Foro it.*, 2016, I, 3150, con nota di G. NICCOLINI, *Il potere del liquidatore di s.p.a. di presentare domanda di concordato secondo la Cassazione: una nota critica*; in senso opposto è stato affermato che «in tema di liquidazione delle società di capitali (nella specie, di una società a responsabilità limitata), ove l'assemblea che ha deliberato lo scioglimento della società e la nomina a liquidatore non abbia determinato i poteri attribuiti a quest'ultimo alla stregua delle indicazioni contenute nell'art. 2487, comma 1, c.c., il liquidatore è investito, giusta l'art. 2489, comma 1, c.c., del potere di compiere ogni atto utile per la liquidazione della società», così Cass., 1 giugno 2017 n. 13867, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 3, 426; in *Foro it.*, 2017, 7-8, 2311; in *Notariato*, 2017, 664, con nota di M.G. TRIVIGNO, *La Suprema Corte ritorna sui poteri dei liquidatori* e in *Giur. it.*, 2017, 1875, con nota di M. SPIOTTA, *Un'ulteriore puntualizzazione (o un revirement?) sui poteri dei liquidatori*.

[43] F. FIMMANÒ, *La fase della liquidazione*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 182.

[44] M. SPIOTTA, *Un'ulteriore puntualizzazione (o un revirement?) sui poteri dei liquidatori*, cit., p. 1879. Si legge nell'ordinanza che i liquidatori rispondono dei loro atti «con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico [...] secondo le norme disciplinanti la responsabilità degli amministratori, come significativamente precisato dall'art. 2489, comma 2». E pertanto «non potrebbe dirsi che, ove la delibera di nomina non specifichi quali siano gli atti utili per la liquidazione consentiti dai soci ai liquidatori, la suddetta norma generale dell'art. 2489 non possa operare».

[45] S. TURELLI, *Competenze gestorie dei liquidatori di società di capitali e potere di decidere sulla proposta del concordato preventivo e sull'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2017, 1566.

[46] L. DI BRINA, *I poteri dei liquidatori di società di capitali*, cit., p. 774.

ISSN 2036-7821

proprie della fase estintiva[47]; quindi solo in assenza di criteri determinati si potrà procedere nella più totale discrezionalità, secondo il dettato dell'art. 2489 c.c.[48].
Ne deriva che anche la prosecuzione dell'attività potrebbe essere adottata dal liquidatore senza la necessaria delibera assembleare, qualora vada a costituire un atto utile per la liquidazione[49]; la stessa sarà ammissibile, quindi, solo se consente di evitare conseguenze ben più gravi rappresentate da perdite maggiori generate dalla paralisi dell'attività e, pertanto, non deve comportare rischi[50].

5. Le eccezioni.
Come anticipato, nelle società pubbliche, al contrario, solo in via del tutto residuale sono concessi poteri più ampi ai liquidatori, come, in particolare, la possibilità di eseguire trasferimenti straordinari al fine di perseguire fini pubblicistici particolarmente rilevanti, diretti a fornire servizi di interesse generale o la realizzazione di strategie di investimento regolati pattiziamente, in un'ottica di continuità.
Nel ricostruire la disciplina, ricordiamo che elemento peculiare che caratterizza le società pubbliche è rappresentato proprio dagli obblighi che incombono in capo agli amministratori e che, per analogia, riteniamo possano estendersi anche ai liquidatori.
Il legislatore, anticipando le indicazioni contenute nel C.C.I., ha disposto per le sole società sottoposte a "controllo pubblico" strumenti di allerta finalizzati a rilevare tempestivamente la crisi e l'attivazione di soluzioni dirette al suo superamento; la finalità dell'istituto è di evitare che, in situazioni di difficoltà, il socio pubblico si

[47] L. PARRELLA, *Art. 2489*, in AA.VV., in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli –V. Santoro, Torino, 2003, 281.

[48] C. TATOZZI - D. DE RUSSIS, *La responsabilità del liquidatore di società di capitali per i danni arrecati ai soci dal compimento di atti gestori non immediatamente funzionali alla liquidazione dell'attivo sociale*, cit.; Rileva Trib. Siracusa, 13 maggio 2009, in *Vita not.*, 2009, 2, I, 948 che «i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società, ma durante la liquidazione le disposizioni sulle assemblee continuano ad applicarsi, in quanto compatibili. Ne consegue che i liquidatori devono informare preliminarmente e formalmente l'assemblea, sollecitando eventuali deliberazioni, prima di procedere all'alienazione dell'azienda in favore di terzi. Pertanto, qualora dalla cessione dell'azienda possa conseguire un pregiudizio grave ed irreparabile, dovuto anche al valore esiguo di cessione, va inibito ai liquidatori di stipulare il contratto definitivo di cessione dell'azienda con il promissario acquirente».

[49] F. FIMMANÒ, *La fase della liquidazione*, cit., 197 ss.

[50] Cfr. G. VERNA, *Misurazione del danno patito dai creditori per la continuazione dell'impresa in perdita ed applicazione di corretti principi contabili*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 788 ss.; in tal senso Trib. Milano, 1 aprile 2011, in *Società*, 2012, 268 con nota di M.P. FERRARI, secondo cui «nelle società per azioni la responsabilità degli amministratori per la prosecuzione dell'attività sociale sussiste in presenza di un'attività gestoria, successiva alla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, orientata alla continuazione dell'attività d'impresa e non alla conservazione del valore del patrimonio sociale»; E' stato altresì rilevato che «l'amministratore di società sia ben in grado, in base a principi di buona amministrazione, di apprezzare l'andamento della gestione nel corso dell'esercizio, essendo tenuto a calibrare le proprie concrete scelte operative volta per volta, secondo i risultati di gestione conseguiti medio tempore», così Trib. Trieste, 1 marzo 2018, in *Società*, 2018, 1256, con nota di S.TAURINI, *Acquisto di merce dopo la perdita del capitale: quali responsabilità per gli amministratori?*

ISSN 2036-7821

limiti a erogare versamenti in favore della partecipata senza risolvere le cause del dissesto. Emerge allora la sostanziale differenza tra le società di diritto comune, in cui il socio tende piuttosto ad allontanarsi in caso di insolvenza, rispetto a quelle di diritto speciale ove il rischio concreto, al contrario, è quello di una continua erogazione di risorse attraverso il soccorso finanziario, con conseguente dispersione di risorse pubbliche[51].

Per arginare i rischi, l'art. 6, comma 2, del t.u.s.p. prevede, quindi, che l'organo gestorio sia tenuto alla redazione di programmi di valutazione del rischio aziendale, da comunicare all'assemblea, e possa valutare la possibilità di integrare gli strumenti di governo societario con specifici mezzi, al fine di curare il complessivo assetto organizzativo e amministrativo dell'ente[52].

È proprio la predisposizione di tali programmi a consentire l'adozione delle specifiche soluzioni individuate dall'art. 14, comma 2, T.u.s.p.[53]; prevede la norma che se emergono «uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento»[54]. Lo strumento potrà essere attivato, così, solo in presenza di indicatori della crisi, proprio al fine di poter

[51] G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, in *Società di diritto speciale*, cit., 428.

[52] G. D'ATTORRE, *Amministrazione nelle società pubbliche*, in *Società di diritto speciale*, cit., 308. Cfr. L. DE RENTIIS, *Gli strumenti di allerta della crisi dell'impresa nelle società a controllo pubblico alla luce del TUSP e del Codice della crisi dell'impresa*, in *Azienditalia*, 2020, 11, 1782. Prevede l'art. 6, comma 3, t.u.s.p. che «fatte salve le funzioni degli organi di controllo previsti a norma di legge e di statuto, le societa' a controllo pubblico valutano l'opportunita' di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonche' dell'attivita' svolta, gli strumenti di governo societario con i seguenti: a) regolamenti interni volti a garantire la conformita' dell'attivita' della societa' alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonche' alle norme di tutela della proprieta' industriale o intellettuale; b) un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessita' dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarita' e l'efficienza della gestione; c) codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonche' altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attivita' della societa'; d) programmi di responsabilita' sociale d'impresa, in conformita' alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea».

[53] G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., 429. Cfr. sul tema R. TISCINI -P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a partecipazione pubblica,* in *Le società pubbliche*, cit., 1271.

[54] In ogni caso, precisa la norma, non costituisce provvedimento adeguato «la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte (…)».

ISSN 2036-7821

individuare la soluzione migliore per superarla[55]. Sull'organo gestorio ricade quindi un ben preciso dovere, la cui violazione potrebbe comportare una loro specifica responsabilità con eventuale revoca, oltre alla attivazione di un controllo giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c.[56].

Si comprende come sia opportuno procedere ad una preventiva verifica delle ragioni critiche che causano le perdite al fine di consentire una continuità aziendale sostenibile; al contempo dovranno essere individuate anche eventuali responsabilità dell'organo gestorio, oltre alle motivazioni che consentono di mantenere in vita l'ente partecipato rispetto ad eventuali differenti alternative, quali una gestione diretta o affidamento a terzi con gara ad evidenza pubblica[57].

In realtà, anche per tutte le società a partecipazione pubblica sono previste deroghe, ma a condizioni ancor più stringenti; in particolare, sono consentiti i trasferimenti straordinari (in forza di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla realizzazione di investimenti) purché individuati in un piano di risanamento che preveda il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni, nonché quando si sia verificata la perdita del capitale o, infine, per «salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata (…)»[58].

Sembra peraltro ammissibile poter estendere anche tutte le società a partecipazione pubblica l'applicazione dell'art. 14, comma 5, T.u.s.p., relativa alla predisposizione di un piano di risanamento, e non solo quelle a controllo pubblico in quanto, anche se previsto solo per le ultime, non è precluso anche alle altre[59].

Per l'effetto, dal combinato disposto degli artt. 6 e 14 T.u.s.p., si evince che una deroga al divieto di soccorso finanziario è ammissibile, seppur entro determinate condizioni, ma l'ente locale che dovesse assorbire a carico del proprio bilancio i risultati negativi della gestione di un organismo partecipato dovrà motivare le ragioni dell'operazione, assicurando una "una continuità aziendale finanziariamente sostenibile"[60].

---

[55] G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., 431 cui si rinvia per un puntuale e analitico confronto tra "piano di risanamento" e "piano di ristrutturazione aziendale".

[56] G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Fallimento*, 2018, 2, 141. Prevede l'art. 14, comma 3, T.u.s.p. che «quando si determini la situazione di cui al comma 2, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile».

[57] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., 66/2018 PAR; Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 24/2017 PAR.

[58] G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, cit., 145.

[59] G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, cit., 146.

[60] Corte dei conti, (Piemonte), sez. reg. contr., 63/2020, PAR.; cfr. A. CASTELLANI – A. FORMENTINI, *Liquidazione delle società degli enti locali: la responsabilità «potenziata» di soci e amministratori*, in *ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com*, 5 Marzo 2021.

ISSN 2036-7821

Peraltro, ai fini dell'indagine, non sembra sussistano ostacoli per una compatibilità dell'istituto anche con le società pubbliche in liquidazione in quanto il recupero dell'equilibrio finanzario può essere perseguito anche in assenza di una prosecuzione dell'attività, sebbene sussistano differenze sostanziali in relazione al profilo procedimentale[61].

6. Il fenomeno degli accantonamenti.

Ricordiamo inoltre che, secondo il dettato dell'art. 21 T.U., se un organismo partecipato dal socio pubblico riporta un risultato negativo di esercizio è tenuto ad accantonare in misura proporzionale alla partecipazione l'importo corrispondente in un fondo vincolato del bilancio dell'anno successivo. Viene così a sussistere una diretta relazione tra le perdite degli enti partecipati e la riduzione delle possibilità di spese effettive per i soci diretta a responsabilizzare gli enti pubblici partecipanti per il perseguimento di una sana gestione delle partecipate[62].

Il fenomeno dell'accantonamento, come rilevato, «risponde all'esigenza di consentire una costante verifica delle possibili ricadute delle gestioni esternalizzate sui bilanci degli enti locali e si pone quindi nell'ottica dalla salvaguardia degli equilibri finanziari presenti e futuri degli enti stessi»[63].

In ogni caso, anche il rispetto di tale obbligo non genera nei confronti dell'ente partecipante l'obbligo di ripianare le perdite e la diretta assunzione dei debiti della società partecipata e, pertanto, resta del tutto preclusa l'ipotesi di soccorso finanziario. Per l'effetto, la società pubblica non potrà procedere secondo un programma di ripiano formulato dal liquidatore durante la procedura, o all'esito del bilancio finale, se sono contemplati trasferimenti di somme in favore della partecipata finalizzati unicamente a ripianare l'incapienza patrimoniale rispetto alle complessive pretese creditorie[64].

---

[61] G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., 436; S. TURELLI, *Competenze gestorie dei liquidatori di società di capitali*, cit., 1571.

[62] Corte dei conti, (Piemonte), sez. reg. contr., 63/2020, PAR, cit.

[63] Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 24/2017 PAR osservando come le «disposizioni prevedono anche che le somme accantonate nel fondo vincolato in questione tornino nuovamente nella disponibilità dell'ente partecipante (e possano cioè essere destinate alla copertura di spese effettive) qualora il medesimo ripiani le perdite di esercizio o dismetta la partecipazione, oppure il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Lo stesso effetto si realizza ove le perdite conseguite in esercizi precedenti siano ripianate dagli stessi soggetti partecipati, cioè siano riassorbite attraverso la gestione successiva».

[64] Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 108/2020/PRSE rilevando che «secondo le norme di diritto comune, applicabili anche alle società partecipate, infatti, nelle società di capitali per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (articoli 2325, comma 1 e 2462, comma 1, Codice civile), sicché, in assenza di alcuna deroga normativa, anche il socio pubblico, al pari di ogni altro socio, resta esposto nei limiti della quota capitale detenuta. Soltanto in ipotesi assai particolari, è prevista eccezionalmente la responsabilità illimitata del socio unico (art. 2325, comma 2 e art. 2462 comma 2, c.c. o del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento di cui agli art. 2497 ss. c.c.)». Cfr. F. BARBAGALLO, *L'art. 14, comma 5, del TUSPP: una norma di finanza pubblica*, cit., 490 ove rileva che «in sostanza, la Corte dei conti ha chiarito che l'adempimento

ISSN 2036-7821

Così, non sarà possibile individuare tali soggetti come possibili beneficiari di sostegni in deroga in quanto l'apporto finanziario del socio non potrà mai essere caratterizzato delle finalità dirette ad un duraturo riequilibrio strutturale, in considerazione della peculiarità che la fase della liquidazione rappresenta per la vita sociale; in questo caso, infatti, il sostegno economico si va a tradurre in un mero accollo delle passività, finalizzato solo a consentire il completamento della fase estintiva[65].

La deroga sarà ammessa solo se si rinviene un interesse superiore concretamente individuato e adeguatamente motivato, attraverso i piani di ristrutturazione aziendale, per poter giustificare la perdita della responsabilità limitata. Devono sussistere ragioni concrete dirette a dimostrare in maniera rigorosa ed obiettiva la necessità dell'operazione per il perseguimento di interessi pubblici, differenti rispetto a quelli della continuità aziendale, e, al contempo, la convenienza economica dell'operazione rispetto al vantaggio derivante dal beneficio della responsabilità limitata[66].

Tale prova è stata così considerata valida in sede di controllo per garantire la legittimità dei finanziamenti a sostegno delle partecipate in ipotesi del tutto peculiari, come nel caso di finanziamenti diretti al recupero del patrimonio di beni societari indispensabili per poter continuare a fruire di erogazione di servizi pubblici fondamentali o in caso di un rilascio di garanzia da parte dell'ente, per l'adempimento delle obbligazioni societarie[67].

---

dell'obbligo di accantonamento non esime l'ente dalla dimostrazione, in caso di soccorso finanziario ai sensi dell'art. 6, comma 19, del D.L. n. 78/2010, adesso art. 14 del TUSPP, della presenza di un interesse a coltivare la partecipazione nella società in perdita Mentre infatti le ipotesi di soccorso finanziario sono disciplinate dall'art. 14 del TUSPP, l'obbligo di accantonamento risponde alla diversa ratio di neutralizzare prospetticamente le ricadute negative delle gestioni societarie, riducendo le capacità di spesa dell'ente pubblico partecipante». In tal senso anche la recente posizione della Corte dei conti (Lombardia), Sez. reg. contr., 24 febbraio 2022, n. 31 in *Azienditalia*, 2022, 4, 832 con nota di G. ASTEGIANO, *I limiti del soccorso finanziario da parte del socio* ove si afferma che «il soccorso finanziario a favore degli organismi partecipati, di norma precluso per quelli che presentino reiterate perdite di esercizio, in base all'art. 14, comma 5, TUSP è ammesso unicamente, a tutela dell'interesse pubblico, in presenza di una documentata e motivata prospettiva di recupero dell'economicità e dell'efficienza della gestione dei soggetti beneficiari, escludendo ripiani a consuntivo. L'accantonamento di quote di bilancio previsto dall'art. 21 del TUSP non determina per l'ente socio alcun obbligo di provvedere al ripiano delle perdite né l'assunzione diretta dei debiti del soggetto partecipato. Tali principi operano anche in relazione alle società poste in liquidazione e per quelle a partecipazione pubblica totalitaria».

[65] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., 66/2018 PAR.

[66] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., 66/2018 PAR, cit.; cfr. *ex multis*, Corte dei conti, (Abruzzo) sez. reg. contr., 279/2015/PAR, Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 42/2014/PAR e 260/2015/PRSE; Corte dei conti, (Piemonte) sez. reg. contr., 59/2014/PRSE, Corte dei conti, (Liguria) sez. reg. contr., 82/2013/PAR e 24/2017/PAR).

[67] Corte dei conti, (Lazio), Sez. reg. controllo, 66/2018 PAR, cit.; cfr. Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 108/2020/PRSE osservando «l'ente pubblico non deve accollarsi l'onere dei debiti di una società in liquidazione, che non può assicurare alcuna prospettiva di efficiente prosecuzione dell'attività. Nondimeno, l'Ente che intendesse intervenire in ausilio della società, dovrebbe motivare in maniera dettagliata in merito all'interesse pubblico idoneo a giustificare l'implicita rinunzia al vantaggio della responsabilità limitata. Va escluso che tale interesse pubblico possa essere identificato con l'esigenza di evitare la dichiarazione dello stato di insolvenza

ISSN 2036-7821

Al contrario, l'interesse pubblico non può essere identificato con la necessità di evitare la dichiarazione dello stato di insolvenza della società o con la tutela dei creditori sociali che avrebbero confidato sulla natura pubblica della società quale garanzia per ottenere il soddisfacimento dei loro crediti perché, se così fosse, la scelta si andrebbe a concretizzare in un vantaggio verso i creditori della società incapiente[68].

Così, per i giudici contabili il ripiano delle perdite e la ricapitalizzazione della partecipata non rappresentano un obbligo del socio pubblico, ma si configurano come una mera facoltà, cui è correlato anche un adeguato obbligo di motivazione[69].

Va considerato che se una gestione non attenta non ha correttamente programmato le risorse disponibili, così da dover fare ricorso a sostegni straordinari, si potrebbe configurare una responsabilità erariale e, per questo, è opportuno procedere ad una scrupolosa analisi diretta a verificare se sussistono le condizioni per poter concedere al liquidatore gli strumenti necessari ad una chiusura in attivo della liquidazione[70].

Trova allora conferma anche nelle società pubbliche il liquidazione il dettato dell'art. 2491 c.c. secondo cui i liquidatori possono chiedere chiedere ai soci, proporzionalmente, solo i versamenti ancora dovuti nel caso in cui i fondi non consentano di soddisfare i creditori in quanto il divieto di "soccorso finanziario" esplica i suoi effetti anche per gli enti in liquidazione[71].

La peculiarità delle società partecipate comporta quindi conseguenze applicative non irrilevanti in più direzioni, sia durante la gestione ordinaria che nella sua fase estintiva ed è quindi chiaro l'interesse del legislatore ad evitare, quanto possibile, condotte non corrette, tanto più evidenti nel caso in cui l'ente sia sottoposto ad un procedimento liquidatorio.

In ogni caso, qualora le previsioni siano disattese appaiono deboli gli strumenti di contrasto: al di là di una tutela risarcitoria azionabile nei confronti dei liquidatori o degli altri soggetti responsabili, non sembra ci sia alcuna ulteriore misura per fronteggiare il fenomeno del soccorso finanziario, con il conseguente rischio di una reiterata dispersione di risorse pubbliche.

---

della società o con la tutela dei creditori sociali che avrebbero fatto affidamento sulla natura pubblica della società. La legittimità di un'operazione di "soccorso" è stata riscontrata soltanto con riferimento a poche situazioni: la necessità di recuperare al patrimonio comunale beni societari indispensabili per la prosecuzione dell'erogazione di servizi pubblici fondamentali o il pregresso rilascio di garanzia dell'Ente per l'adempimento delle obbligazioni della società (cfr. *ex multis* Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 69/2020/PRSE e Corte dei conti, (Emilia-Romagna), sez. reg. contr. 40/2020/PRA)».

[68] Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 24/2017/PAR; Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 380/2012/PRSE;

[69] F. BARBAGALLO, *L'art. 14, comma 5, del TUSPP: una norma di finanza pubblica*, cit., 492.

[70] Cfr. M. CASTELLANI E A. FORMENTINI, *Liquidazione delle società degli enti locali: la responsabilità «potenziata» di soci e amministratori*, cit.

[71] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., n. 1/2019 PAR.

ISSN 2036-7821

In realtà, non sono infrequenti le ipotesi in cui gli enti pubblici reiterano nella concessione di attività alle società partecipate senza aver preventivamente valutato la convenienza economica dell'operazione e, per l'effetto, i correlati profili di responsabilità[72].

7. I soggetti responsabili.

La conseguenza evidente correlata a tale ipotesi, infatti, è che i liquidatori delle partecipate saranno per l'effetto responsabili, al pari degli amministratori[73], per il compimento di nuove operazioni, anche attraverso il ricorso a denaro pubblico, foriere di danno nei confronti degli eventuali altri soci privati, oltre che dei creditori della partecipata.

Ricordiamo che permane la responsabilità dei liquidatori, anche dopo la cancellazione dell'ente, nei confronti dei creditori insoddisfatti, qualora una loro condotta colposa abbia cagionato un pregiudizio patrimoniale ai creditori[74] chiamati,

---

[72] C. VERMIGLIO - L.DICORATO, *Procedure di liquidazione delle società a partecipazione pubblica, procrastinazione e responsabilità*, cit.

[73] «L'art. 2489 c.c., che rinvia alle norme in tema di responsabilità degli amministratori e, quindi, anche all'art. 2932 c.c., fissa un principio di ordine generale, per il quale l'amministratore deve vigilare sulla gestione ed impedire il compimento di atti pregiudizievoli, oltre che attenuarne le conseguenze dannose. Di talché, sussiste anche per i liquidatori una posizione di garanzia del bene giuridico penalmente tutelato, con conseguente ineludibile responsabilità, ex art. 40 cpv. c.p., ove i detti obblighi siano disattesi. In particolare, anche il liquidatore riveste una posizione di garanzia del bene giuridico penalmente tutelato (l'impresa, i soci, i creditori e i terzi) e al medesimo (al pari dell'amministratore) si applica pure l'art. 2487 bis, comma 3, c.c., attinente alle scritture contabili. Amministratori e liquidatori hanno, dunque, l'obbligo di ricevere in consegna i libri sociali». Così, App. Ancona, 20 ottobre 2020, n.1246 in *dejure.it*; Osserva Trib. Bologna, 29 aprile 2021, n.1139, in *dejure.it* come «la responsabilità degli amministratori, liquidatori o soci nei confronti della società per aver autorizzato o deciso il compimento di un atto dannoso per la compagine sociale ha natura contrattuale; come tale, incombe su chi invochi tale responsabilità l'onere di provare la condotta asseritamente illecita ed il danno eziologicamente ad essa collegato, gravando, invece, sul convenuto un onere di dimostrare il proprio esatto adempimento ovvero la non imputabilità dell'evento dannoso alla sua condotta».

[74] Va evidenziato che, secondo i recenti interventi della giurisprudenza, nel soddisfacimento dei creditori debba essere osservato il principio della *par condicio creditorum*; così Cass., 15 gennaio 2020, n.521, in *GiustiziaCivile.com* 17 giugno 2020 ove si afferma che «in tema di responsabilità del liquidatore nei confronti dei creditori sociali rimasti insoddisfatti dopo la cancellazione della società exart. 2495, comma 2, c.c., il conseguimento, nel bilancio finale di liquidazione, di un azzeramento della massa attiva non in grado di soddisfare un credito non appostato nel bilancio finale di liquidazione, ma, comunque, provato, quanto alla sua sussistenza, già nella fase di liquidazione, è fonte di responsabilità illimitata del liquidatore verso il creditore pretermesso, qualora sia allegato e dimostrato che la gestione operata dal liquidatore evidenzi l'esecuzione di pagamenti in spregio del principio della "par condicio creditorum", applicato nel rispetto delle cause legittime di prelazione ex art. 2741, comma 2, c.c. Pertanto, ove il patrimonio si sia rivelato insufficiente per soddisfare alcuni creditori sociali, il liquidatore, per liberarsi dalla responsabilità su di lui gravante in riferimento al dovere di svolgere un'ordinata gestione liquidatoria, ha l'onere di allegare e dimostrare che l'intervenuto azzeramento della massa attiva tramite il soddisfacimento dei debiti sociali non è riferibile a una condotta assunta in danno del diritto del singolo creditore di ricevere uguale trattamento rispetto ad altri creditori, salve le cause legittime di prelazione»; Conforme Cass., 14 settembre 2020, n.19008, in *dejure.it* ove si afferma che «la responsabilità verso i creditori sociali, prevista dall'art. 2495 c.c. ha natura aquiliana, gravando sul creditore rimasto insoddisfatto di dedurre ed allegare che la fase di pagamento dei debiti sociali non si è svolta nel rispetto del principio della "*par condicio creditorum*". Il

ISSN 2036-7821

quindi, a provare che il depauperamento del patrimonio sociale sia imputabile ad una *mala gestio*[75].

Tale conclusione ipotizza una prosecuzione dell'attività in perdita in assenza di una espressa indicazione assembleare volta ad autorizzare l'operazione, lasciando ampio margine di discrezionalità ai liquidatori che hanno consentito una prosecuzione dell'attività sebbene non vi fossero i presupposti.

Se, al contrario, il socio pubblico ha fornito precise indicazioni in tal senso, il liquidatore, che è tenuto ad osservare una condotta diligente, si dovrebbe astenere dal compimento dell'operazione in quanto la responsabilità andrebbe a ricadere solo nei suoi confronti.

Discorso differente, invece, potrebbe essere posto nell'ipotesi in cui la società pubblica sia inserita all'interno del gruppo in quanto, se si riesce a dimostrare l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, potrebbe attivarsi la responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c. nei confronti della capogruppo che ha deciso il compimento dell'operazione dannosa posta in essere dalla società pubblica eterodiretta in liquidazione.

Come rilevato, la compatibilità dell'ente pubblico con l'esercizio di un'attività da eterodirezione può essere agevolmente evinta dal dato letterale dell'art. 2497 c.c. che considera come destinatari dell'azioni di responsabilità sia le società che gli enti[76].

---

medesimo creditore, qualora faccia valere la responsabilità "illimitata" del liquidatore, affermando di essere stato pretermesso nella detta fase a vantaggio di altri creditori, deve dedurre il mancato soddisfacimento di un diritto di credito, provato come esistente, liquido ed esigibile al tempo dell'apertura della fase di liquidazione, e il conseguente danno determinato dall'inadempimento del liquidatore alle sue obbligazioni, astrattamente idoneo a provocarne la lesione, con riferimento alla natura del credito e al suo grado di priorità rispetto ad altri andati soddisfatti».

[75] In tal senso ricordiamo la posizione di Trib. Firenze, 2 luglio 2020, n.1555 in *dejure.it* che «per quanto l'obiettivo di conservare posti di lavoro sia da considerare con favore, sul piano del diritto esso dev'essere perseguito con il capitale proprio, non con quello altrui; pertanto, se una società ha perduto il suo capitale e non è subito ricapitalizzata, deve cessare ogni attività tipica ed essere messa in liquidazione (art. 2484 c.c.) perché la sua prosecuzione sarebbe compiuta trasferendo sui creditori il rischio di insuccesso dell'impresa – salva l'ipotesi di esercizio provvisorio autorizzato dall'assemblea, che dev'essere però finalizzato a preservare il valore dell'azienda da dismettere, non a operare sul mercato persistendo nell'alea imprenditoriale. Se poi i soci decidono di riprendere la produzione, non hanno altro da fare che ricapitalizzare la società, revocare lo stato di liquidazione e nominare nuovi amministratori; ma i liquidatori, finché restano in carica, possono – e devono – compiere tutti e solo gli atti utili alla liquidazione della società (art. 2489 c.c.). Per quanto l'obiettivo di conservare posti di lavoro sia da considerare con favore, sul piano del diritto esso dev'essere perseguito con il capitale proprio, non con quello altrui; pertanto, se una società ha perduto il suo capitale e non è subito ricapitalizzata, deve cessare ogni attività tipica ed essere messa in liquidazione (art. 2484 c.c. perché la sua prosecuzione sarebbe compiuta trasferendo sui creditori il rischio di insuccesso dell'impresa – salva l'ipotesi di esercizio provvisorio autorizzato dall'assemblea, che dev'essere però finalizzato a preservare il valore dell'azienda da dismettere, non a operare sul mercato persistendo nell'alea imprenditoriale. Se poi i soci decidono di riprendere la produzione, non hanno altro da fare che ricapitalizzare la società, revocare lo stato di liquidazione e nominare nuovi amministratori; ma i liquidatori, finché restano in carica, possono – e devono – compiere tutti e solo gli atti utili alla liquidazione della società (art. 2489). Dunque, aver compiuto attività di impresa dopo la messa in liquidazione si configura come illecito e, come tale, comporta l'obbligo di risarcire ogni danno che ne sia derivato».

ISSN 2036-7821

E così, se la stessa capogruppo ha autorizzato il compimento di nuove operazioni, anche attraverso il c.d. "soccorso finanziario", sarà possibile affermare un abuso per violazione dei *principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*. Se infatti tale attività non comporta alcun beneficio nei confronti della controllata, andando unicamente ad aggravare il dissesto, la stessa non potrà più agire nel suo interesse[77], con un conseguente pregiudizio anche nei confronti di soci e creditori.
Possiamo ipotizzare, ad esempio, che un ente pubblico *holding* costringa a proseguire l'attività di una partecipata in liquidazione, attraverso la continua erogazione di denaro pubblico, al solo fine di trarne un beneficio personale o di altre società del gruppo stesso.

---

[76] L. MARICONDA, *Gli enti pubblici e l'art. 2497, comma 1: un problema (ancora) irrisolto*, in *Giur. comm.*, 2022, 1, 56; sul tema F. FIMMANÒ, *L'abuso di etrodirezione della società pubblica*, in *Le società pubbliche*, cit. 33. Cfr. Trib. Roma, 8 gennaio 2021, n.57400, in *Riv. dott. comm.*, 2021 3, 432 ed in *Società*, 2021, 7, 826 con nota di E. CODAZZI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*. Si afferma nel provvedimento che «l'art. 2497 c.c. può trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il potere di eterodirezione competa ed un soggetto pubblico (e, quindi, anche ad un ente locale), purché diverso dallo Stato. Con l'art. 19, VI co., del D.L. n. 78/2009 convertito nella Legge n. 102/2009 — è stato previsto testualmente quanto segue: "l'articolo 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". La responsabilità ex art. 2497, I co., c.c. presuppone che il pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione dei soci (di minoranza) della società eterodiretta, e/o la lesione dell'integrità del patrimonio sociale, con susseguente insufficienza dello stesso al soddisfacimento dei creditori sociali, siano portato e conseguenza di attività e scelte poste in essere in esecuzione di direttive ascrivibili alla cd. holding ed integranti esercizio abusivo ed illegittimo dell'attività di direzione e coordinamento, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della società eterodiretta. Segnatamente, la società controllante o titolare di una posizione che le consenta l'esercizio di attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società potrà essere chiamata a rispondere degli atti posti in essere dagli amministratori di queste ultime, a condizione che risulti che detti atti gestori, oltre ad essere orientati al perseguimento dell'interesse imprenditoriale della *holding*, in violazione dei principi di corretta gestione della società eterodiretta, siano, altresì, riguardabili, in concreto, come momenti di attuazione di direttive ed istruzioni impartite dalla medesima holding, sì da essere alla stessa addebitabili. In sintesi, dunque, la fattispecie di responsabilità ex art. 2497 c.c. presuppone la prova, a carico della parte che la invoca, della esistenza "cumulativa" non solo a) della titolarità, in capo ad una società o ad un ente, di un potere di direzione e di coordinamento nei confronti di altra società, ma anche degli ulteriori elementi quali b) la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della eterodiretta; c) l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui; d) il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società; d) lo stretto nesso di causalità tra la condotta di eterogestione abusiva ed il pregiudizio prospettato. In particolare, ai fini del riconoscimento della responsabilità civile, non è sufficiente che una qualche condotta della parte "dirigente/coordinante", posta in essere sulla base della relazione con la "eterodiretta/coordinata" ed in attuazione del potere di direzione in questione, sia stata finalizzata al perseguimento di un interesse della prima (ovvero di terzi): una siffatta condotta, infatti, non sarebbe in sé antigiuridica. Al contrario, affinché una tale condotta si colori di antigiuridicità è necessario che il perseguimento dell'interesse proprio o altrui della società in posizione apicale sia incompatibile con gli interessi della "eterodiretta/coordinata", sì da risultare (di conseguenza) da un lato contrario al dovere della prima di gestire con correttezza il proprio potere sulla seconda ("mala gestio" ex art. 2497 c.c.) e, dall'altro (e parimenti di conseguenza), causativo, a quest'ultima, come effetto immediato e diretto ex artt. 1223 e 2056 c.c., di un pregiudizio».

[77] F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, in *Società*, 2020, 358.

ISSN 2036-7821

8. Profili di giurisdizione.

Ulteriore risvolto applicativo è poi correlato alla competenza giurisdizionale. Come rilevato, non è stata prevista dal legislatore alcuna indicazione diretta a riconoscere la stessa in relazione alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di nomina pubblica che, per l'effetto, devono essere assoggettati alle previsioni di cui agli art. 2932 c.c.., sebbene negli ultimi decenni la S.C. sia arrivata ad affermare la giurisdizione contabile in considerazione della natura pubblica del patrimonio leso e dei mezzi utilizzati[78].

In particolare, una deroga alla giurisdizione ordinaria è stata riconosciuta in quanto l'ente pubblico compie attività amministrativa non solo nell'esercizio di pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento "persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato" [79]; tali criteri sono stati considerati applicabili dalla giurisprudenza contabile anche alle società gestori di servizi pubblici, partecipate totalmente o parzialmente da un ente pubblico[80].

Tale posizione, tuttavia, è stata poi superata dalle S.U.[81] che hanno escluso la responsabilità erariale degli amministratori di società pubbliche nel caso in cui l'azione risarcitoria sia esperita per reagire ad un danno sofferto dalla società[82].

---

[78] N. MICHIELI, *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, in *Giur. comm.*, 2018, 5, 892.

[79] Cass., S.U., 22 dicembre 2003, n.19667, in *Foro it.*, 2005, I, 2676. Rileva inoltre Cass., S.U., 25 novembre 2013, n.26283, in *Giur. comm.*, 2015, 2, II, 236 come «non potendosi configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società cd. in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferto al patrimonio da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità».

[80] C. CHIARENZA, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte dei conti*, 2019, 5, 11.

[81] Osservando non sarebbe «configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di mala gestio, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio. La ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: patrimonio che è e resta privato» (così, Cass., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giust. civ.*, 2010, 11, I, 2497) . In tal senso anche Cass., S.U., 5 luglio 2011, n.14655 in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, 1287 secondo cui «la controversia riguardante l'azione di responsabilità a carico degli amministratori (o dei terzi che hanno concorso con loro nel cagionare il danno) di una società per azioni a partecipazione pubblica anche se maggioritaria o, come nella specie, totalitaria (in capo a più enti), per il danno patrimoniale subito dalla compagine sociale a causa delle condotte illecite di tali soggetti è assoggettata alla giurisdizione del g.o. e non del giudice contabile atteso che, da un lato, l'autonoma personalità giuridica della società porta ad escludere l'esistenza di un rapporto di servizio tra amministratori, sindaci e dipendenti e p.a. e, dall'altro, il danno cagionato dalla "mala gestio" incide in

ISSN 2036-7821

Il contrasto giurisprudenziale sembra adesso risolto dal dettato dell'art. 12, co. 1, T.u.s.p. ove è sancito che «i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle societa' partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilita' previste dalla disciplina ordinaria delle societa' di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle societa' *in house* (…)» [83].

Da una prima lettura della novella non sarebbe però chiaro se debba essere considerato come danno erariale il danno arrecato alla società *in house*, e quindi anche al suo patrimonio o, al contrario, sia da valutare come tale solo il danno arrecato al patrimonio del socio pubblico da un non corretto operato degli amministratori. Il dettato dell'art. 12 T.u.s.p. non consentirebbe così di superare la sostanziale incertezza interpretativa, con il conseguente timore di un reiterato contrasto tra le giurisdizioni; in particolare, si è osservato, il legislatore avrebbe potuto recepire alcune soluzioni ormai radicate in giurisprudenza come il principo secondo cui il danno all'erario deve essere considerato quale danno arrecato direttamente all'ente pubblico, con la conseguente competenza del giudice contabile qualora i principi esclusivamente privatistici non si adattino completamente alle caratteristiche delle partecipate[84].

---

via diretta solo sul patrimonio della società, che resta privato e separato da quello dei soci», così Trib. Roma, 12 giugno 2015, in *giurisprudenzadelleimprese.it* rileva che «in tema di azioni di responsabilità nei confronti di amministratori o organi di controllo di società a partecipazione pubblica l'ordinamento individua una giurisdizione ordinaria, avente per oggetto l'accertamento e il risarcimento del danno subito dal patrimonio della società, salve specifiche eccezioni previste dalla legge, e una giurisdizione contabile, avente per oggetto l'accertamento e il risarcimento del danno erariale, consistente nel pregiudizio direttamente subito dallo Stato o dalla pubblica amministrazione in conseguenza dell'illegittimo comportamento di soggetti, ad essi legati da un rapporto che, ancorché non configurabile come un rapporto di servizio diretto, è idoneo a dar luogo ad una informale investitura di un munus pubblico, in considerazione del perseguimento di finalità pubbliche, con impiego di pubbliche risorse, ad esso sottostanti. I predetti sistemi di giurisdizione sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali anche quando investono un medesimo fatto materiale; uno stesso fatto, pertanto, può dare luogo a distinte pretese risarcitorie: da parte della società, da farsi valere avanti al giudice ordinario, e da parte dell'amministrazione danneggiata, da farsi valere avanti alla Corte dei conti, fermo restando che se dallo stesso fatto deriva solo un danno per la società, dovrà essere esclusa la giurisdizione della Corte dei conti, mentre se ne deriva solo un danno erariale dovrà essere esclusa la giurisdizione del giudice ordinario».

[82] A. SAU, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 116.

[83] Precisa inoltre il detatto normativo che «è devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso 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».

[84] N. MICHIELI, *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, cit., 918.

ISSN 2036-7821

Un aiuto in tal tenso è stato offerto dalla recente posizione delle S.U.[85] ove si afferma l'assoggettamento alle disposizioni codicistiche anche per gli amministratori di società *in house*[86]. L'interpretazione porta così ad affermare che accanto alla specifica disciplina penalistica, vi sarebbero due ipotesi di responsabilità nei confronti degli amministratori (e riteniamo per l'effetto, dei liquidatori) "concorrenti", una di natura civilistica[87] ed una contabile nei confronti dell'ente pubblico partecipante che può essere esercitata dal singolo socio, secondo la previsione di cui all'art. 2395 c.c., così come in qualsiasi società di diritto comune, e in forza del dettato di cui all'art. 2393 c.c. per le società *in house*. Resta in ogni caso ferma la responsabilità dell'ente pubblico che esercita eterodirezione in caso di un abuso da eterodirezione delle controllate (in liquidazione). Tale responsabilità è stata affidata al diritto comune nel Testo Unico e rappresenta l'ipotesi di azione più frequente in caso di insolvenza[88].
Come affermato, la giurisdizione contabile non deriva così dalla circostanza che siano coinvolti interessi pubblici o un danno pubblico genericamente inteso, ma sarà attribuita in via normativa[89].

---

[85] Cass., S.U., 3 settembre 2018, n. 22406, in *Ilsocietario.it*, 14 dicembre 2018 affermando che «in tema di società *in house*, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per le azioni civili in caso di responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate; si configura, invece, la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti delle società in house. A ribadire la regola di riparto di giurisdizione sono le Sezioni unite, che ricordano come a decidere sia il giudice ordinario, salvo l'ipotesi di concorso con la giurisdizione contabile, tutte le volte in cui emerge un danno erariale». Il provvedimento è pubblicato anche in *Società*, 2019, 70 ss. con nota di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono a una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità e* in *Giorn. dir. amm*., 2019, 2, 217 con nota di di V. BONTEMPI, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.*

[86] C. PECORARO, *La responsabilità degli organi sociali*, in *Società di diritto speciale*, cit., 344.

[87] «Nelle società a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla "mala gestio" dei sui organi sociali di norma non integra un danno erariale, risolvendosi in un "vulnus" gravante in via diretta sul patrimonio della società, soggetta alle regole di diritto privato; di conseguenza, per la relativa azione di responsabilità sussiste la giurisdizione del giudice ordinario», così, Cass., S.U., 15 maggio 2017, n.11983, in *Ilsocietario.it*, 8 giugno.

[88] F. Fimmanò, Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società pubbliche, in ilcaso.it, 11 luglio 2019. Rileva Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n.31755, in dejure.it che «spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste, invece, la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche e implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio». Cfr. C. Pecoraro, La responsabilità degli organi sociali, cit., 350.

89 F. Fimmanò, Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità, cit., 81.

ISSN 2036-7821

In linea con tale posizione si pone anche un recente arresto della S.C.[90] che arriva ad escludere la configurabilità di un danno erariale nel caso di una non corretta gestione degli organi sociali (in quanto la lesione si andrebbe a produrre solo nella sfera societaria) mentre si andrebbe a concretizzare nel caso di un pregiudizio in capo al socio pubblico[91].

9. Osservazioni conclusive.

Resta da verificare, in conclusione, la compatibilità del sistema descritto con le società pubbliche il cui procedimento liquidatorio sia correlato e conseguente ad una esigenza di razionalizzazione; ci si chiede così se anche per tali enti possa essere concessa ai liquidatori la possibilità di compiere operazioni, quali quelle di soccorso finanziario, che esulino rispetto al mero procedimeno liquidatorio. In realtà, da quanto descritto, sembra che la peculiarità della disciplina richieda un maggior livello di cautela da parte dell'organo che, sebbene in assenza di un espresso divieto, potrebbe portare ad una completa paralisi di tali attività.

Va considerato, infatti, che, in caso di razionalizzazione la finalità del legislatore è quella di condurre l'ente alla sua definitiva estinzione, trattandosi di enti la cui permanenza nel sistema non è sorretta da alcuna esigenza funzionale rispetto alle altre ipotesi di società pubbliche.

Occorre tenere presente l'indicazione fornita dall'art. 4 T.u.s.p. ove è previsto uno specifico "vincolo di scopo": non possono essere costituite società o mantenute partecipazioni se hanno oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali[92]. L'ente attraverso il veicolo societario deve andare a perseguire proprie "finalità istituzionali"[93], dovendosi fare riferimento alla necessità di perseguire un interesse pubblico, da cui discende la possibilità di assumere o conservare partecipazioni pubbliche[94].

Accanto a tale esigenza va poi ricordato che sussiste anche un "vincolo di attività"[95], in quanto le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente

[90] Cass., S.U., 15 maggio 2017, n.11983, in *ilsocietario.it*, 8 giugno 2017 ove si afferma che «nelle società a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla "mala gestio" dei sui organi sociali di norma non integra un danno erariale, risolvendosi in un "vulnus" gravante in via diretta sul patrimonio della società, soggetta alle regole di diritto privato; di conseguenza, per la relativa azione di responsabilità sussiste la giurisdizione del giudice ordinario».

[91] G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giur. comm.*, 2018, 2, 211.

[92] Cfr. *infra*, nota 7.

[93] R. GUARINO, *La «causa pubblica» alla luce del testo unico n. 175 del 2016*, in *Le società pubbliche*, cit., 354.

[94] C. PECORARO, *Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica in società, in Società di diritto speciale*, cit., 218.

[95] C. PECORARO, *Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica in società*, cit., 223.

ISSN 2036-7821

per lo svolgimento di un determinato oggetto sociale[96]; c'è quindi una correlazione tra tali attività ed il vincolo di scopo in quanto la determinazione dell'oggetto è preordinata rispetto alle finalità che giustificano la partecipazione pubblica[97].
La ratio del T.u.s.p. è quindi quella di ridurre all'essenziale le partecipazioni pubbliche anche in considerazione del parere del Consiglio di Stato[98] secondo cui la presenza diffusa di società partecipate, in particolare a livello locale, è sintomo di una cattiva regolazione che favorisce la costituzione o la prosecuzione di partecipazioni da parte di soci pubblici[99].
Di ciò ne è testimone proprio il dettato di cui all'art. 20, comma 2, T.u.s.p. ove è previsto l'obbligo di razionalizzazione nel caso in cui le amministrazioni pubbliche rilevino partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4, società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti, partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro, partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, necessità di contenimento dei costi di funzionamento ed indine necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.
L'intenzione di ridurre le società pubbliche va intesa favorevolmente se si considerano i risvolti negativi che l'abuso di tale fattispecie ha prodotto sui bilanci degli enti pubblici; è necessaro garantire, infatti, un corretto equilibrio tra i vari interessi coinvolti[100].

---

[96] Prevede l'art. 4, comma 2, T.u.s.p. che «nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016».

[97] C. PECORARO, *Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica in società*, cit., 224.

[98] Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, in *giustizia.amministrativa.it.*

[99] A. PALAZZOLO, *Società pubbliche: interesse generale, stretta necessità e discrezionalità nella dismissione delle partecipazioni di enti pubblici*, cit., 278.

[100] R. GUARINO, *La «causa pubblica» alla luce del testo unico n. 175 del 2016*, cit., 362 s.

ISSN 2036-7821

Ed allora, in quest'ottica, sembra essere ancora più ristretto l'ambito applicativo delle regole a carattere residuale individuate per le società pubbliche: se una società è soggetta a razionalizzazione riteniamo possano essere concessi solo in via del tutto residuale e in caso di effettiva necessità ipotesi di trasferimenti in favore della partecipata, destinata, nei tempi più rapidi possibili, ad essere cancellata dal registro delle imprese.

Sulla base di tali considerazioni riteniamo si pervenga alla logica conclusione per cui i limiti ai poteri dei liquidatori, in tal caso, sono ancor più stringenti; l'organo, oltre a dover rispettare i divieti generali, deve osservare particolare cautela nel compimento di nuove operazione, dovendo quindi sottostare ad un regime ancor più rigido con conseguenti profili di responsabilità ancor più elevati.

Anche in tal caso, tuttavia, nonostante la rigidità del sistema, sembra non sussistano strumenti di tutela differenti rispetto a quelli risarcitori, lasciando così aperto il varco alla possibilità che società pubbliche che dovrebbero essere eliminate dal mercato possano, al contrario, essere lasciate ancora in vita con conseguenti effetti negativi sull'intera collettività.

ISSN 2036-7821