



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
"FEDERICO II"

Dottorato di ricerca

“ La programmazione negoziale per lo sviluppo e
la tutela del territorio”

Ciclo XXVII – Settore disciplinare Ius/10

Il caso Bagnolifutura ed il fallimento delle
società pubbliche

Coordinatore del Dottorato
Ch.mo Prof. Fiorenzo Liguori

Dottoranda
Dott.ssa Raffaella Cappiello

Indice

Prefazione	5
------------------	---

Capitolo I

L'ordinamento delle società pubbliche tra tesi soggettiva e tesi
funzionale

1. <i>Le società a partecipazione pubblica nell'evoluzione del sistema.....</i>	8
2. <i>Il dibattito fra tesi "tipologica" e tesi "funzionale"</i>	13
3. <i>L'attività di impresa nel mercato di riferimento e suo rilievo nell'individuazione dello statuto delle società</i>	
3.1. <i>L'organismo di diritto pubblico</i>	27
3.2. <i>I servizi pubblici di rilevanza economica</i>	37
4. <i>Il modello delle società in house e compatibilità con il diritto delle società</i>	41

Capitolo II

Il fenomeno delle società di trasformazione urbana

1. <i>L'inquadramento delle S.T.U. nell'ambito delle società di gestione dei servizi pubblici. La nozione di trasformazione urbanistica</i>	65
2. <i>L'adozione del modello societario: i soggetti promotori e la partecipazione dei privati</i>	77

3. <i>Il concetto di trasformazione urbana ed i rapporti con gli strumenti di pianificazione urbanistica</i>	90
4. <i>L'acquisizione delle aree, loro trasformazione e commercializzazione</i>	105
5. <i>La convenzione tra la società e gli enti promotori</i>	113
6. <i>I rischi di conflitto di interesse e l'attività di direzione e coordinamento</i>	117

Capitolo III

Il fallimento delle società pubbliche

1. <i>Sull'assoggettabilità alla disciplina del fallimento delle società pubbliche.</i>	
1.1 <i>La tesi tipologica pubblicistica</i>	123
1.2 <i>L'assenza del carattere commerciale dell'attività.....</i>	129
1.3 <i>Il metodo funzionale</i>	131
1.4 <i>Il fallimento delle società private che svolgono servizi pubblici essenziali</i>	144
1.5 <i>Gli orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità. Critiche alle teorie funzionali</i>	147
2. <i>Responsabilità dell'ente nei confronti della massa dei creditori</i>	155
3. <i>L'assoggettabilità della società in mano pubblica al concordato preventivo ed alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento</i>	175

<i>4. Il caso di Bagnolifutura S.p.A.</i>	
<i>4.1 Il fatto</i>	<i>181</i>
<i>4.2 Le questioni affrontate dalla sentenza di fallimento</i>	<i>188</i>
<i>4.3 La non riconducibilità di Bagnolifutura al modello in house</i>	<i>191</i>
Bibliografia	<i>199</i>

PREFAZIONE

Il titolo del presente lavoro evoca, oltre al problema dell'assoggettabilità delle società in mano pubblica alle procedure concorsuali, anche la vicenda, rilevante sul piano sociale e politico, del fallimento del ricorso al modello societario da parte delle pubbliche amministrazioni.

“Nel nostro paese le pubbliche amministrazioni, incentivate dallo stesso legislatore, hanno cercato a tutti i costi, negli ultimi venti anni, di creare e poi mantenere la “sacca” del privilegio derivante dall'affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza fra imprese e della trasparenza”¹.

La tendenza espansiva del fenomeno in esame, ha fatto emergere nel tempo i problemi di carattere economico e contabile generati dal ricorso a tali società, molte delle quali sono divenute irrimediabilmente insolventi, a seguito dell'impossibilità manifestata dagli enti partecipanti di coprirne le perdite.

Il presente lavoro si propone di analizzare la complessa tematica dell'assoggettabilità al fallimento, ed alle altre procedure concorsuali, di tali società, facendo il punto sullo stato attuale del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

¹ Al riguardo FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di Fimmano', Guffrè, Milano, 2011

La giurisprudenza, dopo una prima fase di incertezza, sembra oramai orientata in senso deciso verso l'affermazione della fallibilità delle società in mano pubblica e ciò soprattutto per esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche.

Ciò ha comportato l'emersione di problemi di non sempre agevole soluzione in ordine alla compatibilità della tutela dell'interesse pubblico con lo svolgimento della procedura concorsuale.

La tematica della fallibilità delle società in mano pubblica, poi, agita la nota problematica, foriera di rilevanti ripercussioni di carattere amministrativo e contabile, della possibile configurabilità, anche in capo all'ente pubblico controllante, di una responsabilità nei confronti dei creditori della società controllata, per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti di quest'ultima.

A tal fine, nel presente lavoro, si è voluto delineare, in termini generali, lo statuto da applicare alle società in mano pubblica, dando conto delle diverse tesi dottrinali sviluppatesi sul punto e delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, per passare – poi – alla specifica analisi del problema dell'assoggettabilità a fallimento di tali società, soffermandosi sul caso concreto della S.T.U. Bagnolifutura S.p.A.

L'analisi della pronuncia ha costituito il banco di prova delle diverse teorie avanzate in dottrina sul tema dei rapporti fra società in mano pubblica e fallimento, con particolare riguardo ad uno speciale modello organizzativo, quello della società *in house*, dai contorni ancora indefiniti e dalla dubbia compatibilità con i modelli societari del diritto

civile interno. Il collegio partenopeo, infatti, dopo aver delineato i caratteri costitutivi della società *in house*, in conformità con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità, si è soffermato specificamente sul tema della fallibilità di tali società pur escludendo, in relazione al caso concreto, la qualificabilità della S.T.U. Bagnolifutura S.p.A. come società *in house*.

L'analisi si sofferma, quindi, sull'approfondimento di una specifica tipologia di società in mano pubblica, la società di trasformazione urbana che, per la natura del proprio oggetto sociale, fuoriesce dal novero delle società di gestione dei servizi pubblici in senso stretto, per involgere l'esercizio di funzioni di stretta pertinenza della pubblica amministrazione, quale la funzione di conformazione del territorio.

I risvolti problematici concreti posti dalla dichiarazione di fallimento, con specifico riferimento alla gestione del patrimonio immobiliare della Bagnolifutura S.p.A, assoggettato a dichiarazione di pubblica utilità per effetto della delibera comunale di individuazione delle aree di intervento della predetta società, ha rappresentato, a conclusione delle riflessioni svolte, la cartina di tornasole della difficile applicabilità della disciplina di diritto privato alle società in mano pubblica, pur dovendo le stesse considerarsi alla stregua di imprenditori privati.

La logica che sovrintende alla disciplina delle società di diritto comune è destinata, infatti, a venire in crisi quante volte la stessa venga malamente piegata dal legislatore alle esigenze dell'azione della pubblica amministrazione.

CAPITOLO I
L'ORDINAMENTO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE TRA TESI
SOGGETTIVA E TESI FUNZIONALE

1. Le società a partecipazione pubblica nell'evoluzione del sistema.

In passato si è erroneamente affermato che la partecipazione dello Stato o di altra pubblica amministrazione ad una società di capitali ne potesse alterare la struttura, dando vita per ciò solo ad un “*tipo di diritto speciale*”

Tale tesi, in particolare sostenuta da una certa giurisprudenza amministrativa, ha preso le mosse dall'esigenza di assoggettare, sotto determinati profili, anche tali società alla disciplina propria delle pubbliche amministrazioni, in ragione della natura degli interessi perseguiti e dell'attività svolta ed in omaggio al principio della neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, finendo così con l'attribuire alle società partecipate una connotazione pubblicistica.²

Si tratta, all'evidenza, di una impostazione del tutto infondata, potendosi parlare di società di diritto speciale solo ove il legislatore, con il proprio intervento, introduca deroghe così consistenti alla struttura societaria da rendere quest'ultima del tutto incompatibile con il modello proprio previsto dal codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico

² Cfr. in particolare Cons. Stato, nn. 1206 e 1207 del 2001, e n. 4711 del 2002, n. 1303 del 2002; in tal senso anche RESTA, *Profili giuridici delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *T.A.R.*, 1983, II, 255.

del tutto incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art 2247 c.c., si da dar vita ad un "tipo" del tutto nuovo.³

Viceversa nell'attuale sistema del codice civile, solo poche norme "speciali" sono dedicate a questa particolare tipologia di società e la relativa disciplina non presenta caratteri di specialità tali da consentire l'enucleazione di un autonomo tipo.

Invero, a parte i casi di società istituite, trasformate o comunque disciplinate con legge speciale⁴, nei restanti casi ci troviamo di fronte a società di diritto comune nelle quali l'elemento "pubblicistico" è dato solamente dalla partecipazione, maggioritaria o anche minoritaria, del socio pubblico.

E' del tutto evidente, dunque, come in questi casi il mero dato della partecipazione alla compagine sociale, pur sempre possibile quante volte la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione dell'interesse pubblico di cui l'ente stesso è portatore⁵, di un ente pubblico o di una pubblica amministrazione, non osti alla configura-

³ VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 4s.; MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, 117; MARASA', *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 353; SPADA, *La Monte Titoli S.p.a. tra legge ed autonomia statutaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, 552.

⁴ Il riferimento è agli enti pubblici con mera struttura organizzativa societaria (cfr. al riguardo IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, 340; ID., *Le società "legali" per la valorizzazione, gestione ed alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture. Patrimonio dello Stato ed infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II 447; NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, 81 s.) previsti, trasformati o costituiti appunto in forma societaria con legge. (ad es. l'art 7 del d.l. 15 aprile 2002 n. 63, convertito dalla l. 15 giugno 2002, n. 112, ha istituito la "Patrimonio dello Stato S.p.a."; il d.lgs. 9 gennaio 1999 n.1, ha istituito "Sviluppo Italia s.p.a." poi integrato con altre norme dirette a disciplinare la *governance* dell'attuale "Invitalia s.p.a.". In altri casi il legislatore ha trasformato o previsto la trasformazione di enti pubblici in società: così, ad esempio, per la Cassa Depositi e Prestiti ex art 5 d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003 n. 326) In tema cfr. SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione ed istituti di diritto privato*, in *Contr. Impr.*, 2010, 237 e s.

⁵ Cfr. DE FERRA, *In margine alla riforma delle società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, 798 e s.; MAZZARELLI, *op. cit.*, 119

zione della società stessa come società di diritto comune, con la conseguenza che la disciplina privatistica, destinata a regolamentare il funzionamento della società, e quella pubblicistica, di governo dell'attività del socio pubblico, saranno destinate in concreto a convivere, con non pochi problemi di coordinamento.

Del resto, la stessa Suprema Corte ha rilevato che l'interesse che fa capo al socio pubblico si presenta esclusivamente come extrasociale, non potendo l'ente incidere sul funzionamento della società se non attraverso i comuni poteri riconosciuti dal codice civile al singolo socio, dovendosi ricostruire il rapporto fra l'ente stesso e la società come di perfetta autonomia.⁶

Tali considerazioni risultano viepiù fondate se solo si consideri che anche la Corte di Giustizia UE, con sentenza del 6 dicembre 2007, ha dichiarato l'incompatibilità con i principi comunitari di libera circolazione dei capitali (art 56 del Trattato CE), la norma dell'art 2449 c.c. laddove attribuisce all'azionista pubblico un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione al capitale sociale, realizzando in tal modo una ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri azionisti⁷

⁶ La Cassazione ha reiteratamente affermato che *“la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'Ente pubblico ne possiede in tutto o in parte le azioni...”* (cfr. Cass., sez. un., n. 7799 del 2005; Cass. Sez. un., n. 4991 del 1995, Cass. Sez. un., n. 17287 del 2006)

⁷ Corte Giust. 6 dicembre 2007, cause riunite C- 463/04 e C- 464/04, in *Società*, 2008, 247.
A norma dell'art 2449 c.c. *“Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza. Gli amministratori ed i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.”*

Del resto, anche dal punto di vista della disciplina degli aiuti di stato, si è escluso che la mera partecipazione dell'ente alla compagine sociale giustifichi un trattamento differenziato di quest'ultima.⁸

Se, dunque, dal punto di vista dei soggetti, la presenza dell'ente pubblico quale socio o azionista, anche totalitario, non comporta l'esonero della società dalla sottoposizione alla disciplina di diritto comune, diverso discorso è a farsi con riferimento all'attività svolta dalle società in esame e, più in generale, anche delle società costituite integralmente da privati ma che svolgano attività pubbliche o di pubblico interesse.

Ed invero, con riferimento a tale ultimo aspetto, si è progressivamente fatta sempre più strada, anche per influsso della disciplina comunitaria, una tesi sostanzialistica che mira al superamento della veste meramente formale, per indagare la natura dell'attività esercitata dalla società stessa.

E' quanto avviene in tema di disciplina degli appalti pubblici (ove la fine di evitare l'elusione delle garanzie e dei vincoli propri delle procedure ad evidenza pubblica, il legislatore ha assoggettato a tale disciplina non solo i soggetti formalmente pubblici, ma anche quelli con veste privata ma sottoposti ad un controllo pubblico), nonché in tema di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi⁹, o ancora in tema di assoggettabilità alla disciplina in tema di accesso agli atti, di cui all'art 22 della l. 241/90.

⁸ Al riguardo GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2002, 201 s.

⁹ A cominciare dal d.l. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto del 2008 n. 133, che all'art 18, capo sesto ("liberalizzazioni e deregolazione") introduce, per le so-

Su tale impostazione sembra essersi allineata anche la Corte dei Conti, la quale ha esteso la propria giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa e contabile non solo nei confronti degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici, ma anche di quelle società formalmente private, purchè rilevi la natura oggettivamente pubblica del danno e cioè il collegamento anche indiretto con la finanza pubblica, prescindendo da ogni indagine in ordine alla natura del soggetto coinvolto.

Qui, tuttavia, la Corte dei Conti, con orientamento in seguito divenuto costante, ha distinto, ai fini della responsabilità contabile di amministratori e sindaci, il danno arrecato al socio pubblico da quello arrecato al patrimonio della società. In quest'ultimo caso non verrà in rilievo una responsabilità diretta per danno erariale, poiché il danno per lo Stato sarà solo mediato (come perdita del valore delle proprie azioni o quote societarie), proprio in virtù del diaframma esistente fra la società e l'ente, in virtù della sussistenza di una distinta personalità giuridica. Il danno, in tali ipotesi, pertanto, potrà essere fatto valere solo con l'utilizzo dei normali strumenti di responsabilità societaria, nel rispetto della disciplina di diritto comune dettata per le società di capitali.

Sembra, dunque, delinearsi un sistema nel quale la disciplina civilistica convive con quella pubblicistica: l'una regolamentando tutti gli aspetti concernenti l'organizzazione ed il funzionamento della società

cietà a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, il rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (recante norme per il reclutamento del personale delle amministrazioni pubbliche), e per le altre società partecipate l'obbligo di adottare criteri e modalità conformi ai principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, di pubblicità e di imparzialità. In tema ed in modo ancora più incisivo cfr. il regolamento di attuazione dell'art 23- bis, d.p.r. del 7 settembre 2010, n. 168

stessa, da qualificarsi – in ragione di quanto in precedenza osservato – alla stregua di una società di diritto comune; l'altra sovrintendendo a tutti quegli aspetti che assumono connotazione prettamente pubblicistica, in ragione della particolare natura dell'attività esercitata.

Logico corollario di tale impostazione, poi, è la conseguente attrazione delle controversie relative a tali aspetti dell'attività sociale alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto involgente profili squisitamente pubblicistici, mentre le vicende attinenti al governo societario, dovranno essere attratte alla competenza del giudice ordinario, venendo in rilievo l'applicazione delle norme civilistiche di diritto societario.

2. *Il dibattito fra tesi "tipologica" e tesi "funzionale"*

Come noto, le società pubbliche, ovvero partecipate da enti pubblici, rappresentano il modulo organizzativo "privatistico" dell'impresa pubblica, alternativo a quelli pubblicistici dell'impresa organo e dell'impresa ente strumentale (ente pubblico economico)¹⁰

Del resto, come osservato nel paragrafo che precede, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali, in passato, non hanno mai dubitato dell'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale alle società "pubbliche", osservandosi che quando l'attività economica da parte dello Stato o di altri soggetti pubblici si realizza con la costituzione di una società, sono le amministrazioni che la partecipano "*che*

¹⁰ In tema M.S.GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.*, 1958, pag. 227 e segg.

si assoggetta(no) alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente”¹¹

A tali società dovrà applicarsi, pertanto, la disciplina propria del tipo sociale scelto (più spesso s.p.a., meno frequentemente quella delle s.r.l.), con l’ovvia conseguenza – per ciò che più interessa l’attuale lavoro - dell’assoggettamento, in presenza dei presupposti necessari, anche di tali soggetti giuridici alla disciplina del fallimento e del concordato preventivo, dalla quale sono invece esclusi gli enti pubblici esercenti attività di impresa, ai sensi dell’art 2221 c.c. e art 1 l. fall.

Anche la giurisprudenza della Suprema Corte¹², in passato, aderiva a tale orientamento, affermando la prevalenza, ai fini della disciplina applicabile, della forma privatistica assunta dalla società sulla natura pubblica dei soggetti partecipanti.

¹¹ La ragione della scelta è evidenziata dal noto e costantemente citato passo della Relazione al Codice Civile n. 998: *“in questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente.”*

¹² Cfr. in particolare Cassazione, 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fallimento*, 1979, pag. 593, secondo cui *“una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l’esercizio di un’autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato – e quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale e così di essere suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata – per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell’autostrada sia configurabile dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio....”*

Le norme sopra richiamate, infatti, ricollegavano l'esenzione dalle procedure concorsuali alla qualità di "ente pubblico" del soggetto che svolgeva un'attività commerciale, non predicabile per le società pubbliche, assoggettate al fallimento ed alle procedure concorsuali cc.dd. minori, in quanto i caratteri che consentivano siffatta aggettivazione, non influivano sulla loro qualificazione come società di diritto comune.

Nel quadro di una tale cristallina disciplina, solo gli enti pubblici istituiti o riconosciuti per legge, secondo la riserva di cui all'art 4 della l. 70/1975, sarebbero sottratti al fallimento, in quanto qualificati tali espressamente dalla legge¹³.

Negli ultimi venti anni, però, il proliferare del fenomeno delle società pubbliche, ha inciso in maniera significativa sulla linearità di tale impostazione, finendo per minare la (fino ad allora) chiara distinzione fra ente pubblico socio e società. Tanto non solo in ragione della complessità del fenomeno, nell'ambito del quale, per i molteplici interventi legislativi, si riscontrano tipologie di diritto speciale o anche singolare (società cd. legali) tali da portare, in favore del socio pubblico, significative deroghe ai poteri propri dell'azionista privato, ma anche e soprattutto per l'incontrollato utilizzo di tale strumento, fino a generarne un vero e proprio abuso finalizzato, più che al perseguimento di una maggiore efficienza dell'azione amministrativa, all'elusione dei vincoli di finanza pubblica ed al rispetto delle regole di concorrenza di matrice europea.

¹³ Cfr, tra le altre, App. Napoli, 24 aprile 2013, cit.; Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209, cit.

Attenta dottrina non ha mancato, infatti, di osservare come il sempre più diffuso ricorso al modello societario, negli ultimi venti anni, abbia finito con il rappresentare uno strumento utilizzato dalle pubbliche amministrazioni per creare prima e mantenere poi, una “sacca” del privilegio derivante dall’affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai principi fondamentali della concorrenza tra imprese e della trasparenza.¹⁴

La società di capitali, infatti, è divenuta lo strumento preferenziale impiegato non solo dal legislatore nazionale – per regolare l’intervento dello stato nell’economia, con la trasformazione dei preesistenti enti pubblici economici (cd. privatizzazione formale) e per disciplinare l’esercizio di altre attività di competenza statale - , ma soprattutto da parte degli enti locali per la gestione, attraverso l’esternalizzazione a società partecipate in forma totalitaria o anche minoritaria dall’ente, dei servizi pubblici e delle attività strumentali allo svolgimento delle loro funzioni, mantenendone il controllo.

In questo contesto, nonostante la natura di diritto privato delle suddette società non sia mai stata espressamente smentita dal legislatore se non, specificamente, in determinati casi singolari, il possesso delle partecipazioni da parte di un ente pubblico è stato valorizzato da “un

¹⁴ V., fra i molti altri, F. FIMMANO’, *L’ordinamento delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 31; IBBA, *Tipologia e natura delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, pag. 13 e segg.

diritto pretorio che, muovendo dalla particolare natura del socio, ha esteso all'ente privato taluni istituti schiettamente pubblicistici”¹⁵

Invero, il regolare ricorso al modello societario ed il timore dell'elusione di vincoli e controlli imposti alle amministrazioni, ha indotto la giurisprudenza amministrativa, in più occasioni, ad equiparare le società partecipate a veri e propri enti pubblici, quante volte le stesse perseguissero finalità di interesse generale e fossero destinatarie di una disciplina, di fonte legislativa, parzialmente derogatoria di quella del codice civile.¹⁶

Tale equiparazione, come in precedenza osservato, ha riguardato in particolare il diritto dell'informazione, la disciplina degli appalti ed il controllo della Corte dei Conti, anche se, talvolta, l'approccio della giurisprudenza è stato ben più totalizzante, arrivando ad una riqualificazione dell'ente sulla scorta di un criterio “tipologico” o, in alternativa, “funzionale”¹⁷

¹⁵ G. ROMAGNOLI, *Il socio pubblico, le società di capitali e l'impresa: prospettive ed interferenze*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, II, 87

¹⁶ Così, Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466 in *Foro it.*, 1994, I, pag. 325, che argomentò il persistente controllo della Corte dei Conti sulle società per azioni risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici evidenziandone la natura di società di “diritto speciale”, con la conseguenza, pertanto, che esse non avrebbero perso del tutto le originarie connotazioni pubblicistiche; in seguito, fra le altre, v. anche Cons. St., 5 marzo 2002, n. 1202, in *Foro it.*, 2003, III, pag. 238; Cons. St., 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro it.*, 2003, III, pag. 204; Cons. St., 30 gennaio 2006, n. 308, in *Giornale dir. Amm.*, 2006, pag. 623. Critico nei confronti di questa giurisprudenza G. SCOCA, *Il punto sulle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, pag. 241; cfr. anche SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, pag. 612 e ss.

¹⁷ Tribunale di S. M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, pag. 713 con nota di D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?* In particolare la sentenza in commento ha richiamato alcuni degli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza amministrativa: la nozione di impresa pubblica di derivazione comunitaria, che attribuisce rilevanza alla “influenza dominante dei pubblici poteri” e prescinde dalla natura giuridica, pubblica o privata, dell'ente, nozione valorizzata alla luce di due sentenze della Corte di giustizia, secondo le quali “il concetto di organismo pubblico comprende anche enti formalmente privati”; l'art 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; la sentenza della Corte Costituzionale n. 466 del 1993, sui presupposti del controllo della Corte dei

Il metodo cd. tipologico, ritiene possibile procedere ad una riqualificazione della società partecipata in “ente pubblico a forma societaria”, quando essa riveli una “pubblicità sostanziale”.

Secondo tale approccio, la natura pubblicistica della società, al di là di una espressa qualificazione in tal senso da parte della legge istitutiva, si desumerebbe da una serie di indici rivelatori che ne determinano una “specialità” rispetto ai modelli societari di diritto comune.

In tal senso la giurisprudenza ha valorizzato talune caratteristiche comuni o tipizzanti: l'essere state tali società istituite direttamente dalla legge; l'essere regolate da norme singolari che pongono delle deroghe al regime societario tipico, quali l'assenza (o ridotta) autonomia gestionale del consiglio di amministrazione e l'attribuzione di penetranti poteri di controllo o di intervento in capo all'ente pubblico, ulteriori rispetto a quelli normalmente spettanti al socio di maggioranza; la circostanza che siano partecipate, in via maggioritaria, da soggetti pubblici; il perseguimento dell'interesse pubblico o comunque lo svolgimento prevalente della propria attività in favore dell'ente pubblico socio; la possibilità che tali società prescindano dal mero intento lucrati-

Conti; la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla irrilevanza della veste formale della società per impedirne la qualificazione come soggetto pubblico. Il tribunale, al fine di escludere l'assoggettabilità della società al fallimento, ne ha affermato la natura pubblica in virtù del fatto che essa era frutto della trasformazione di preesistenti consorzi di gestione dei servizi locali, ai sensi dell'art 35 l. 448/01 ed il capitale sociale è a totale titolarità pubblica e le limitazione dell'autonomia funzionale degli organi societari ed all'esercizio dei diritti dell'azionista. Si vedano in questo senso anche Tribunale di Patti, 6 marzo 2009, e Tribunale di Catania, 20 luglio 2010, in www.osservatorio-oci.org; Tribunale di Avezzano, 26 luglio 2013, in www.ilcaso.it; Tribunale di Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 869, con nota di G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*.

vo; l'erogazione alla società di risorse finanziarie pubbliche, diverse dai conferimenti.¹⁸

Di contro, è stato osservato che tale ultima interpretazione confliggebbe con la riserva di cui all'art 4 della l. 70/1975, in base alla quale per l'istituzione o il riconoscimento di enti pubblici occorrerebbe una previsione di legge.

Va, invero, rilevato che la interpretazione più accreditata della disposizione in esame è piuttosto riduttiva, nel senso che la "pubblicità" di un ente, anche avente forma privatistica, non debba necessariamente risultare da una espressa qualificazione in tal senso da parte della legge, tanto potendo ricavarsi anche da talune caratteristiche, fortemente derogatorie, previste dalla stessa legge istitutiva.

Potrebbe essere tale il caso di talune società "legali" e di "diritto speciale", ossia istituite o parzialmente regolate dalla legge, ove dotate di una disciplina fortemente derogatoria rispetto a quella prevista dal codice civile: non osterebbe, in tal caso, alla loro qualificabilità come enti pubblici, la circostanza che rivestano una veste giuridica privata¹⁹. Occorre tuttavia rilevare che, pur volendo in astratto ritenere possibile procedere, sulla scorta di dati concreti, ad una riqualificazione della società in termini pubblicistici, l'ipotesi deve ritenersi del tutto eccezionale, atteso che anche il conferimento legale di speciali poteri al socio pubblico non determinerebbe di per sé – soprattutto a seguito

¹⁸ Così Tribunale S.M. Capua Vetere , 9 gennaio 2009, cit. pag. 713; Tribunale di Patti, 6 marzo 2009, e Tribunale di Catania, 20 luglio 2010, cit.; cfr. anche Cassazione, sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, in *Foro it.*, 2006, I, pag. 195.

¹⁹ E' il caso, ad esempio, dell'AGE Control S.p.a., che l'art 18 della legge istitutiva, n. 887/1984, definisce società con "personalità giuridica di diritto pubblico"

della riforma del 2003, che ha ampliato gli spazi di autonomia nell'assetto organizzativo delle società di capitali²⁰ - di escludere la riconducibilità della detta società al modello codicistico e la sottoposizione alla relativa disciplina, ivi incluso l'assoggettamento alle procedure concorsuali, che invece appare una soluzione conforme alle scelte del legislatore, in assenza di deroghe puntuali.

Del resto sono evidenti anche i rilessi negativi che ne deriverebbero in termini di tutela dell'affidamento, soprattutto per i creditori della società stessa, stante anche l'incertezza che l'adozione di un simile criterio genererebbe in ordine alla concreta ricorrenza della "significatività" delle differenze di disciplina.

L'orientamento cd. "funzionale"²¹, invece, sostituisce all'indagine in ordine alla natura dell'ente, una indagine, da effettuarsi in concreto con riferimento ai casi volta per volta analizzati, circa l'omogeneità degli interessi perseguiti dalla società attraverso la propria attività, con quelli di cui l'ente è portatore per espressa previsione legislativa, con la conseguenza che, laddove si ravvisi una tale coincidenza, le disposizioni pubblicistiche relative all'ente, troveranno applicazione anche con riferimento alla società dallo stesso partecipata o costituita.

Ne deriva che lo statuto applicabile alle società in oggetto non sarà più quello dell'imprenditore commerciale, con la conseguenziale esclusione dell'assoggettabilità al fallimento delle predette società e la sot-

²⁰ Cfr. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, pag. 5 e segg.

²¹ Sostenuto in dottrina da G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fallimento*, 2014, pag. 498; Id., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, pag. 691; Id., *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio, B. Sassani, Milano, 2014, vol. I, pag. 307 e ss.

toposizione, ricorrendone i presupposti, al diverso procedimento di liquidazione coatta amministrativa, previsto per la crisi degli enti non assoggettabili al fallimento ai sensi dell'art 1 della l. fall.

Tale teoria sembra essere stata fatta propria da talune pronunce dei tribunali fallimentari che hanno sostenuto, ad esempio, la non fallibilità per le società che svolgono servizi pubblici essenziali (ad es. il servizio di trasporto, di raccolta dei rifiuti, etc.), sulla scorta del riconosciuto carattere essenziale del servizio stesso, e dunque anche delle stesse società chiamate a svolgerlo, compromesso inevitabilmente dagli effetti della dichiarazione di fallimento.²²

Si ricordi, infatti, che la dichiarazione di fallimento comporta, quale effetto automatico, l'immediato spossessamento del fallito e l'impossibilità per quest'ultimo di continuare nell'esercizio dell'impresa (art 42 l. fall.), salve le determinazioni assunte dal giudice delegato.

Si sostiene, così, che l'interesse della collettività alla erogazione del servizio pubblico (interesse soddisfatto dall'ente proprio attraverso la scelta della costituzione di una società partecipata cui affidare la gestione di quel servizio), non potrebbe essere adeguatamente perseguito in costanza di fallimento dagli organi della procedura cui, in definitiva, è rimesso il potere di disporre la prosecuzione dell'attività di impresa da parte della società fallita (art 104 l. fall.) oppure di affittare l'azienda a terzi (art. 104-bis l. fall.).

²² Così Tribunale Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 869, con nota di G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*.

Per un verso, infatti, si rileva che gli interessi pubblici all'erogazione del servizio non potrebbero essere tutelati dal giudice delegato cui, invece, la legge riconosce poteri per la sola tutela dei diversi interessi della massa dei creditori; per altro verso, neppure si potrebbe deman- dare all'autorità giudiziaria una siffatta tutela, posto che la concreta determinazione dell'interesse pubblico è rimessa alla sola autorità amministrativa, le cui valutazioni non possono essere sostituite da quelle dell'autorità giudiziaria. Del resto, la stessa eventuale scelta del giudice delegato di affittare l'azienda a terzi, ai sensi dell'art 104 – bis l. fall., determinerebbe di fatto un affidamento a terzi della gestione del servizio pubblico, al di là dell'espletamento di una procedura di evidenza pubblica.²³

Secondo questa impostazione, in definitiva, nel quadro di un “*pro- gressivo stemperamento della tradizionale distinzione fra ente pubbli- co e società di diritto privato*”²⁴, dovranno trovare applicazione le di- sposizioni di diritto pubblico, qualora espressamente previste, e di di- ritto privato, qualora – in assenza di specifiche previsioni – non vi siano ragioni di deroga, quante volte si accerti che la procedura con- corsuale vada ad interferire, pregiudicandola, “*con l'ordinaria attività dell'ente pubblico, con sostituzione degli organi della procedura me- desima a quelli politici di gestione, comportante un'inammissibile in- terferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi eletti, con pregiudizio degli effetti di spossessamento del debitore e di cessa- zione dell'attività di impresa sulla continuità e regolare esercizio del*

²³ Così G. D'ATTORRE, *Le società pubbliche e in mano pubblica*, cit., pag. 321

²⁴ App. Torino, decreto del 15 febbraio 2010 (reso nel procedimento n. 1998/09), in www.ilcaso.it

*servizio pubblico, rispondente alla realizzazione di interessi generali.*²⁵

Tuttavia, è stato osservato, in senso contrario a tale impostazione, che “*ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale non è il tipo dell’attività esercitata, ma la natura del soggetto*” ed è dunque solo a questa che bisogna aver riguardo al fine di stabilire la soggezione al fallimento.²⁶

Va, infatti, rilevato come il nostro ordinamento giuridico, nell’art 2082 c.c., definisca e disciplini “*l’imprenditore commerciale*” e cioè il soggetto che intraprende, in forma sia individuale che collettiva, un’attività economica e non anche l’attività economica esercitata.

Nell’applicazione del relativo statuto, dunque, non rileva la natura – o la necessarietà – dell’attività svolta oppure gli interessi perseguiti²⁷, ma esclusivamente la natura del soggetto, per la quale il legislatore non prevede alcuna riqualificabilità, tant’è vero che continuano a fallire gli imprenditori e non le imprese.²⁸

L’esonazione degli enti pubblici dal fallimento, infatti, si fonda non tanto sulla natura pubblicistica dell’attività (ed invero gli enti pubblici

²⁵ L’innovativo principio è stato così sintetizzato “*la società di capitali a partecipazione pubblica, in presenza di determinati indici (in particolare, del possesso della totalità delle partecipazioni da parte di un ente pubblico, di erogazioni finanziarie da parte di questi, di limitazioni statutarie all’autonomia degli organi societari) ha natura giuridica pubblica, quindi, in quanto “ente pubblico”, non è soggetta al fallimento; viceversa, un consorzio, sebbene costituito fra enti pubblici ed ai sensi dell’art 31, d.lgs. n. 267 del 2000, qualora svolga attività di servizio pubblico, rivolta anche a soggetti, pubblici e privati, diversi dai partecipanti al medesimo, è assoggettabile ad amministrazione straordinaria, se sussistano i requisiti dimensionali stabiliti dal d.lgs. n. 270 del 1999*”(Cfr. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche*, cit.)

²⁶ Tribunale di Napoli, sezione VII, sentenza 29 maggio 2014

²⁷ D’ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., 719

²⁸ DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, 10

economici possono svolgere sia una comune attività imprenditoriale, sia erogare un servizio pubblico), quanto piuttosto sulla peculiare disciplina organizzativa dell'ente pubblico economico e sul suo carattere necessario, come tale istituito dalla legge, che impedisce l'applicazione delle norme che regolano la liquidazione e l'estinzione dell'impresa.²⁹

Va poi considerato che una simile teoria, ricollegando l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale alla natura dell'attività esercitata, piuttosto che al soggetto che l'esercita, comporterebbe l'esenzione dalla disciplina del fallimento anche per quelle società a capitale totalmente privato laddove siano concessionarie di un servizio pubblico o comunque affidatarie di attività di natura o di interesse squisitamente pubblico, ciò quantomeno per evitare sperequazioni di mercato e violazioni delle regole della concorrenza³⁰; conseguenza quest'ultima che, non a caso, anche i più convinti sostenitori della tesi

²⁹ Cfr. L.G. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, pag. 532 e ss.; F. FIMMANO, *L'ordinamento delle società pubbliche*, cit., pag. 28

³⁰ SCARFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, 446, rileva che l'esonero dal fallimento delle società pubbliche creerebbe una grave alterazione del mercato perché sarebbero le uniche società non soggette ad alcun tipo di procedura concorsuale. L'art 106 del Trattato sul funzionamento dell'UE (già art 86 del trattato istitutivo) prevede che 1. 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 del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi; 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme dei trattati, ed in particolare alle regole della 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.

funzionale respingono³¹, con ciò mostrando di essere consapevoli dei limiti propri di una tale ricostruzione.

Vero è, piuttosto, che titolare del servizio pubblico rimane sempre il soggetto pubblico che lo assume e non certo la società, pubblica o privata che sia, che ne gestisce la mera erogazione, rimanendo pur sempre la titolarità in capo all'ente³².

Anche quando la società partecipata gestisce un servizio pubblico, la stessa si limita ad erogare quel servizio, mentre titolare dello stesso resta pur sempre l'ente pubblico affidante, al quale, in ultima analisi, spetta ogni determinazione in ordine alle modalità di affidamento del servizio ed alle modalità di organizzazione dello stesso.

Infondato risulta - allora - il timore che l'eventuale sottoposizione delle società in oggetto alla disciplina del fallimento, comporterebbe una indebita ingerenza degli organi della procedura nella gestione ed organizzazione del servizio pubblico ed una inammissibile sostituzione degli stessi in determinazioni di pubblico interesse che competono alla sola pubblica amministrazione, all'evidenza rimanendo in mano all'ente pubblico il potere di organizzare diversamente il servizio o di decidere di affidarne la gestione ad altri in sostituzione della società fallita.

In caso di insolvenza della società partecipata affidataria, infatti, quest'ultima o continuerà a svolgere il servizio in via temporanea in

³¹ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., pag. 699, il quale considera la pubblicità del capitale ed eventualmente gli altri connotati ricorrenti nelle società pubbliche come presupposti della teoria funzionale.

³² CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, pag. 744 e ss.

funzione della vendita a terzi dell'azienda³³ o del risanamento della stessa (e ciò sia in ipotesi di sottoposizione ad amministrazione straordinaria, sia in ipotesi di esercizio provvisorio in caso di fallimento³⁴), oppure saranno gli stessi organi della procedura, ove ciò non sia possibile, che provvederanno ad affittare l'azienda con il conseguente subentro nel contratto ex art 2558 c.c.³⁵ o ancora, in caso di scioglimento del rapporto, sarà la pubblica amministrazione che procederà a riaffidare il servizio secondo le regole previste dalla normativa nazionale e comunitaria dettata in tema di affidamento di servizi pubblici locali.

Nulla osterebbe, pertanto, alla sottoposizione delle società di gestione dei servizi pubblici allo statuto dell'imprenditore, a cominciare dalla sottoposizione al fallimento, considerando che una tale esenzione neppure si giustificerebbe in ragione del pericolo dell'interruzione di un servizio pubblico essenziale, dal momento che proprio la possibilità di proseguire nell'esercizio provvisorio dell'impresa, pur a seguito della dichiarazione di fallimento, scongiurerebbe un simile timore; l'art 104, comma 1, della l. fall., infatti, pone quale presupposto il "danno grave" che deriverebbe dall'interruzione dall'attività, danno

³³ Cfr. FIMMANO', *Sub art 105*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, Tomo II, Bologna 2006; Id., *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. Impr.*, 2007, 570 e s.

³⁴ Al riguardo cfr. FIMMANO', *Sub art 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit.; Id., *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 759

³⁵ Cfr. in tema FIMMANO', *Sub artt. 104-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit.; Id., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Dir. fall.*, 2007, 439 e s.; GALLONE-RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*, Milano, 2008, 13 e s.; PATTI, *L'affitto dell'azienda*, in *Fall.*, 2007, 1088 e s.; e con riferimento alla natura dell'attività: FIMMANO', *La crisi delle società di calcio e l'affitto dell'azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, 2006, 3; Id., *Gli effetti del trasferimento d'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul cd. accreditamento istituzionale*, in *Riv. Not.*, 2003, 133.

da parametrarsi, tuttavia, non agli interessi della massa dei creditori, quanto piuttosto a quello della collettività interessata alla regolare erogazione del servizio stesso.³⁶

3. L'attività di impresa nel mercato di riferimento e suo rilievo nell'individuazione dello statuto delle società.

3.1. L'organismo di diritto pubblico

Va dato conto anche di un ulteriore percorso argomentativo, talora seguito da dottrina e giurisprudenza, per escludere il fallimento delle società pubbliche, o almeno di talune di esse, fondato sulla considerazione della insussistenza dei presupposti per qualificare come attività di impresa commerciale quella esercitata dalle società pubbliche e sulla conseguente mancanza in capo alle stesse del requisito soggettivo previsto dall'art 1 della l. fall., ossia l'essere imprenditore commerciale, ovviamente organizzato in forma collettiva.

Ciò si verificherebbe quante volte la società si trovi ad operare in un contesto privo di un mercato concorrenziale di riferimento, essendo destinata a soddisfare interessi che non abbiano natura industriale o commerciale.³⁷

³⁶ Così, tra gli altri, anche Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209, cit.

³⁷ In questo senso, Tribunale Palermo, 8 gennaio 2013 e Tribunale Palermo, 18 giugno 2013, entrambe in www.ilfallimentarista.it; cfr. anche D. DI RUSSO, *Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, n. 6, pag. 45 e seg. Si osservi che alcuni parametri considerati dall'orientamento "tipologico" per sostenere la natura pubblicistica dell'ente societario, quali l'assenza di concorrenza e di un'attività svolta in favore del mercato, vengono in tal modo recuperati al fine di appurare se la società possa definirsi "imprenditore commerciale".

E' evidente l'influsso esercitato su tale impostazione dalla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, recepita nell'ordinamento italiano all'art 3, comma 26, del codice dei contratti pubblici che definisce l'organismo di diritto pubblico come *“qualsiasi organismo, anche in forma societaria:*

- *istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- *dotato di personalità giuridica;*
- *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”*

Va comunque osservato che dalla definizione di organismo di diritto pubblico fornita nelle varie direttive europee, non è possibile trarre una nozione unitaria ed organica di ente pubblico, atteso che la relativa nozione viene elaborata, tanto sul piano normativo quanto su quello giurisprudenziale, in funzione delle diverse esigenze sottese alla normativa di riferimento nelle singole materie, accogliendosi una nozione, per così dire, elastica di ente pubblico.

Pur nell'assenza di una definizione unitaria di ente pubblico, tuttavia, ciò che accomuna le varie nozioni è la presenza di un approccio di ti-

po sostanziale, tra cui, in particolare, la sottoposizione ad una dominanza pubblica di carattere funzionale o strutturale.³⁸

Siffatto approccio sostanziale, fatto proprio anche dal legislatore del codice degli appalti, si traduce, tuttavia, nella difficoltà della giurisprudenza di individuare uno o più dati formali al cui riscontro subordinare la qualificazione del singolo ente in termini di organismo di diritto pubblico. Si impone, quindi, la necessità di verificare caso per caso il contesto in cui opera il singolo ente di riferimento, così da verificare se lo stesso sia assoggettato o meno alle comuni regole del mercato concorrenziale, giacchè solo in difetto di tale requisito è lecito sospettare che l'ente possa, in sede di affidamento delle prestazioni di cui necessita, preferire le imprese nazionali discriminando quelle degli altri stati membri.

Di qui l'elaborazione dei vari parametri alla cui ricorrenza, in concreto, subordinare la qualifica dell'ente come organismo di diritto pubblico.

In primo luogo, la sottoposizione ad una influenza pubblica dominante, inteso dalla giurisprudenza come criterio qualitativo e quantitativo. Rileva, sotto il primo aspetto, la ricorrenza di tutta una serie di indici rivelatori, sostanzialmente coincidenti con quelli già elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina nazionali, sia pure ad altri fini, per il riconoscimento della pubblicità degli enti, quali quelli del fine pubblico, delle sovvenzioni pubbliche aventi carattere maggioritario, del controllo pubblico, dell'ingerenza dello Stato o di un altro ente pub-

³⁸ Sul punto GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998

blico nella nomina di un *quorum* qualificato di componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza degli organismi in questione. Con l'avvertenza che la giurisprudenza richiede, ai fini della qualificabilità dell'ente quale organismo di diritto pubblico, accanto al perseguimento di un fine pubblico - la cui presenza deve sempre ricorrere perché l'organismo possa essere definito pubblico e sottoposto alla disciplina comunitaria in tema di appalti -, anche solo la ricorrenza alternativa di uno di questi indici sintomatici, naturalmente in unione agli altri elementi costitutivi della nozione di organismo di diritto pubblico.

Quanto al profilo quantitativo, è stato sostenuto che l'influenza pubblica sull'organismo può dirsi dominante quando lo stesso sia finanziato in modo prevalente dall'ente pubblico, rafforzandosi in tal modo quello stretto legame fra ente erogante ed organismo percettore, che legittima il timore che le scelte del secondo siano condizionate dalle indicazioni date dal primo in ordine alla scelta del contraente.

La giurisprudenza ha chiarito che il finanziamento pubblico può dirsi maggioritario quando esso rappresenti più della metà delle entrate globali di cui l'ente finanziato si avvale, comprese quelle eventualmente derivanti dall'espletamento dell'attività commerciale.

Con riguardo, invece, al controllo della gestione, si è sostenuto che basti ad integrare tale requisito il possesso, da parte dei soggetti pubblici, della maggioranza delle quote dell'organismo societario, escludendosi, per altro verso, che un tale controllo possa ricondursi all'esercizio sulla società dei normali controlli amministrativi

sull'organizzazione e sull'attività della società. In particolare la giurisprudenza, in specie quella amministrativa, ha osservato che tale requisito non può che riferirsi alla forma più conosciuta ed applicata nel nostro ordinamento societario per esercitare il controllo sulla vita della società stessa, vale a dire il possesso maggioritario delle quote azionarie o comunque di una quota di capitale tale da garantire in concreto il controllo sulla società, dovendosi, peraltro, considerare che la quota maggioritaria detenuta da soggetti pubblici comporta, quale logica conseguenza, sia il finanziamento prevalente della società da parte dell'ente, sia la costituzione di organi di vigilanza e direzione della società stessa.³⁹

Tuttavia, il requisito sul quale si è maggiormente appuntata l'attenzione della giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, anche per la sua difficile interpretazione, è quello di natura teleologica, le direttive comunitarie richiedendo che la persona giuridica sia istituita *“per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale”*⁴⁰

³⁹ Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748

⁴⁰ Cass. Civ., s.u., 9 maggio 2011, n. 10068, ha chiarito che per quanto riguarda la condizione della soddisfazione “di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”, il diritto comunitario omette di fornire i criteri per stabilire quando ricorra la condizione in esame, rimettendone la valutazione agli organi giurisdizionali dei singoli Stati. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, tuttavia, fornito alcuni criteri interpretativi a tal fine precisando che la circostanza dell'organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale; che questi ultimi bisogni sono, di regola, soddisfatti in modo diverso dall'offerta dei beni o servizi sul mercato; che in linea generale presentano tale carattere quei bisogni al cui soddisfacimento, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere una influenza determinante. Inoltre, la corte di giustizia ha costantemente sostenuto che spetta al giudice nazionale valutare l'esistenza o meno di un bisogno avente carattere non industriale o commerciale tenendo conto degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni di quest'ultimo esercita la sua attività, ivi compresa,

E' evidente che, già sul piano meramente letterale, la sola circostanza che la società sia costituita per il perseguimento di finalità di interesse generale, non è sufficiente ad integrare la nozione di organismo di diritto pubblico, occorrendo verificare, in aggiunta, che si tratti di persona giuridica istituzionalmente preposta al perseguimento di interessi non aventi carattere industriale o commerciale.

Invero appare evidente che proprio tale ultimo requisito assume una efficacia più pregnante ai fini qualificatori, atteso che già la ricorrenza del primo degli elementi costitutivi, ossia la sottoposizione dell'organismo ad una influenza dominante dell'autorità pubblica, dà ragione della finalizzazione dell'organismo in parola al perseguimento di finalità di interesse generale, non comprendendosi, in difetto, le ragioni dell'ingerenza pubblica in siffatte società.

Del resto, in tal senso si è espressa anche la giurisprudenza comunitaria, precisando che ai fini della individuazione dell'ente aggiudicatore, il carattere non industriale o commerciale dell'attività deve ritenersi essenziale ⁴¹, non tutti gli interessi generali rivestendo tale carattere. Si impone, pertanto, una duplice forma di controllo: la prima volta ad accertare che l'attività cui l'ente è preposto sia finalizzata alla soddisfazione di un interesse di carattere generale, avendo un impatto sulla collettività; la seconda, da effettuarsi solo qualora la prima verifica

in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione di rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione (v. sentenza n. 373 del 27 febbraio 2003, causa C – 373/00; v. altresì Cass. Civ., s.u., n. 8225 del 2010)

⁴¹ Sentenza Corte di giustizia UE, 10 novembre 1998 (causa C- 360/1996) *Gemeente Arnhem – BFI Holding*

abbia avuto un riscontro positivo, tesa a verificare il carattere non industriale o commerciale dell'interesse stesso.⁴²

Proprio con riferimento al carattere non industriale o commerciale dell'interesse generale perseguito, la giurisprudenza ha valorizzato l'ambito di mercato nel quale la società è destinata ad operare ed in particolare la sussistenza di un mercato concorrenziale nell'ambito del quale la società in oggetto presta i propri servizi.

E' quanto affermato dalla stessa giurisprudenza comunitaria con la nota sentenza "*Taitotalo*"⁴³, allorquando ha sottolineato che la natura non industriale o commerciale dei bisogni istituzionalmente soddisfatti può dirsi sussistente allorchè si tratti di bisogni che, da un lato, non sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni e servizi sul mercato e, dall'altro lato, al cui soddisfacimento lo Stato preferisce provvedere direttamente ovvero con modalità organizzative tali da consentirgli di mantenere un'influenza dominante.⁴⁴

In particolare, la circostanza che la società operi in un mercato concorrenziale, non è di per sé considerato elemento sufficiente ad escluderne la qualificabilità come organismo di diritto pubblico, sebbene neppure possa considerarsi come un fattore irrilevante, dato che

⁴² Va tuttavia segnalato Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280, secondo cui, ai fini della configurabilità o meno di un organismo di diritto pubblico, occorre dare rilievo preminente più che al carattere (industriale o commerciale) dell'attività gestionale posta in essere dall'organismo stesso, al carattere dell'interesse (rectius delle esigenze) al cui perseguimento detta attività è teleologicamente ed istituzionalmente rivolta. Data la premessa, la conseguenza che è qualificabile organismo di diritto pubblico il soggetto che persegue un interesse non industriale, ma di interesse generale della collettività dei consumatori o degli utenti, anche se a tal fine utilizza strumenti operativi lato sensu privatistici.

⁴³ Sentenza Corte di Giustizia UE, 22 maggio 2003, causa C-18/2001, *Taitotalo*

⁴⁴ Sentenza *Taitotalo*, cit. punto 47 e sentenza *Siepsa* par. 80; sul punto si veda anche l'ordinanza del consiglio di Stato di remissione all'adunanza plenaria 22 gennaio 2004, n. 167, punti 15 e ss.

l'esistenza di una concorrenza può costituire un indizio a sostegno del fatto che il bisogno di interesse generale ha carattere industriale o commerciale.

In definitiva, secondo l'elaborazione della giurisprudenza europea, occorre prendere in considerazione diversi fattori ed in particolare se il soggetto operi in normali condizioni di mercato, se persegua scopi di lucro e se subisca perdite connesse all'esercizio della sua attività.

In presenza di tali circostanze, invero, assai difficilmente si potrebbe sostenere che i bisogni generali perseguiti abbiano carattere non industriale o commerciale, giacchè proprio il fatto che un soggetto persegue uno scopo di lucro e che assume i rischi connessi alla propria attività legittima il convincimento che lo stesso opererà in osservanza dei principi di trasparenza e concorrenzialità.

E' evidente, tuttavia, per i fini che qui interessano, che la qualifica della società come organismo di diritto pubblico non determina di per sé l'attrazione della stessa nella sfera pubblicistica, posto che tale nozione è idonea a ricomprendere, in uno alle persone giuridiche cui in ambito nazionale si riconosce natura pubblica, anche quelle di diritto privato.

Invero secondo un orientamento dottrinale, rimasto minoritario, sarebbe incompatibile, già sotto un profilo meramente letterale, la nozione di organismo di diritto pubblico con quella di società di capitali⁴⁵, atteso che sarebbe connaturata alla stessa forma societaria una natura imprenditoriale di tipo commerciale. Tuttavia, tale tesi non sem-

⁴⁵ POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 159 e ss., in parti. 184 e ss.

bra cogliere nel segno laddove individua erroneamente i presupposti della natura imprenditoriale e commerciale dell'attività, i quali, a norma degli artt 2082 e 2195 c.c., non sono ravvisabili né nella natura degli interessi (commerciali o industriali) perseguiti, né nella sussistenza di un mercato concorrenziale all'interno del quale la società operi, dovendosi piuttosto aver riguardo ai soli caratteri intrinseci ed oggettivi dell'attività.

Vero è, piuttosto, che la prospettiva avuta di mira dalla giurisprudenza comunitaria è una prospettiva prettamente sostanzialistica, attenta alla ricorrenza, nel caso concreto, di quegli elementi costitutivi già analizzati in precedenza, con ciò prescindendo del tutto dalla forma giuridica, pubblica o privata, assunta dalla società.

In tal senso si è espressa, del resto, tanto la dottrina più autorevole⁴⁶, quanto la giurisprudenza, sia interna che comunitaria⁴⁷, sottolineando come un organismo possa avere sostanza di diritto pubblico pur rivestendo una forma di diritto privato e pur essendo costituito in forma di società, rilevando non tanto la veste giuridica formale, quanto

⁴⁶ RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalto di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 361. A tale orientamento aderisce SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. pubbl. com.*, 1997, 51 e s., in part. 76

⁴⁷ Conforme a tale orientamento la sentenza Corte di giustizia, 15 maggio 2003, C-214/00 che, pronunciandosi nel senso della legittimità comunitaria della legislazione spagnola laddove escludeva dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria gli enti pubblici con status privatistico, ha sostenuto che *"non si può interpretare la nozione di organismo di diritto pubblico impiegata dall'art 1, lett. b), comma 2, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, nel senso che per gli stati sia lecito escludere direttamente le società commerciali sotto controllo pubblico dall'ambito di applicazione soggettivo di tali direttive(...)"* Si veda anche, in tal senso, Cass. Civ., s.u., 7 ottobre 2008, n. 42722 che, nel caso Viareggio Porto s.p.a., hanno ritenuto di qualificare tale ultima società come organismo di diritto pubblico, sulla base della considerazione che la stessa assicurava, in via prevalente, l'espletamento di alcuni servizi pubblici per il Comune di Viareggio, non essendo necessario che *il perseguimento di finalità generali assurga a scopo esclusivo, potendo coesistere con lo svolgimento, anche prevalente, di attività industriali o commerciali"*.

l'effettiva realtà organizzativa ed operativa dell'ente e la sua preordinazione al soddisfacimento di interessi generali di carattere non industriale o commerciale, cui anche le imprese a struttura societaria sono in grado di provvedere.

La nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, come poi recepita anche nell'ambito dell'ordinamento interno, infatti, si spiega ed assume rilievo in relazione all'ambito di operatività soggettivo della legislazione in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti cd. sopra soglia, comportando la soggezione a tale disciplina anche di società formalmente private per il diritto nazionale, ma equiparate a tali soli limitati fini alle pubbliche amministrazioni.

Ciò è tanto più vero ove si rifletta che, come sopra ricordato, non è possibile enucleare nella giurisprudenza comunitaria una nozione unitaria di pubblica amministrazione, avendosi riguardo, volta per volta, alla sola perimetrazione dell'ambito di applicazione della singola normativa.

La conseguenza che se ne trae è che un organismo di diritto pubblico, in mancanza di una specifica disciplina che lo configuri come società di diritto speciale, non può sottrarsi all'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale ed alla relativa regolamentazione normativa, ivi compresa la soggezione alle regole del fallimento.

Si viene così a delineare in sostanza, come già in precedenza accennato, un regime di convivenza fra regole di natura privatistica, concernenti l'organizzazione ed il funzionamento della struttura societaria, e

regole pubblicistiche riguardanti la regolamentazione dei servizi e dell'attività economica.

3.2. *I servizi pubblici di rilevanza economica.*

La sussistenza di un mercato di riferimento, in uno alla sussistenza di assetti imprenditoriali per la gestione del servizio, costituisce anche l'elemento cui ancorare la distinzione fra servizi di rilevanza economica ed altri servizi.

Infatti, nell'ambito dell'attuale quadro normativo teso, sotto l'influsso delle istanze comunitarie, alla realizzazione dei principi di liberalizzazione e concorrenza, la classificazione dei servizi pubblici rimane fondata sulla loro rilevanza economica⁴⁸, in luogo della precedente rilevanza industriale (contenuta nell'art 35 della legge finanziaria per il 2002), ed in armonia con una linea di demarcazione già fatta propria anche dall'Unione Europea nel cd. Libro Verde della Commissione sui servizi di interesse generale.

In difetto di una puntuale classificazione normativa⁴⁹, la individuazione dei servizi appartenenti all'una o all'altra categoria, secondo i crite-

⁴⁸ Tale differenziazione in materia di servizi è già presente nel Libro verde CE sui servizi di interesse generale, adottato dalla Commissione CE il 21 maggio 2003 e trasmesso al Consiglio il 26 maggio 2003, il quale ricomprende nei primi ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato

⁴⁹ La individuazione dei servizi "a rilevanza industriale" era rimessa dal legislatore ad un regolamento che non ha mai visto la luce. La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'omessa emanazione del regolamento governativo non impedisse l'applicazione della disciplina, considerato che "l'individuazione dei servizi di rilevanza industriale per via regolamentare assolve una funzione meramente ricognitiva e dichiarativa (e non costitutiva del relativo regime giuridico), sicchè in mancanza di questa catalogazione, alla definizione della natura del servizio può certamente procedere l'interprete, che si limiterà così a qualificare l'oggetto della disposizione e non ad integrarne il precetto" (Cons. Stato, 6 maggio 2003 n. 2380). I ogni caso si ritenevano convenzionalmente servizi pubblici locali a rilevanza industriale: il ciclo idrico integrato, i rifiuti urbani,

ri individuati dall'elaborazione giurisprudenziale, presuppone, appunto, la individuazione di un mercato di riferimento e la sussistenza di assetti imprenditoriali per la gestione.

La nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, sebbene non trovi un puntuale riscontro terminologico nell'ambito della normativa comunitaria, in cui si rinviene la diversa dizione di "servizio di interesse economico generale" (GEIE), in realtà esprime un concetto del tutto omologo a quello comunitario, ove calato nell'ambito della realtà locale.

Entrambe le nozioni, interna e comunitaria, infatti, fanno riferimento ad un servizio che sia reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato"; che fornisca prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni.

In presenza di detti presupposti, il servizio dovrà essere affidato nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica idonee a garantire il rispetto del principio di concorrenza e di non discriminazione fra le imprese nazionali e comunitarie.

La nozione, dunque, è funzionale all'individuazione dei soggetti cui applicare la normativa in materia di evidenza pubblica, il legislatore nazionale avendo scelto, nella sfera di discrezionalità allo stesso rico-

la distribuzione del gas, la distribuzione di energia elettrica ed i trasporti locali; servizi privi di rilevanza industriale tutti gli altri.

nosciuta dalle direttive comunitarie, di vietare - di regola - la gestione diretta dei servizi⁵⁰.

Nell'attuale quadro normativo per la gestione dei servizi a rilevanza economica, infatti, rimangono possibili tre alternative. Le prime due sono – per così dire – ordinarie: l'affidamento a terzi imprenditori, o a società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica; la costituzione di una società a capitale misto pubblico - privato nella quale al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40% ed in cui il socio venga scelto attraverso l'espletamento di gara con procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto contemporaneamente la scelta del socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (socio cd. operativo).

In deroga alle modalità ordinarie di gestione, si pone poi un'ulteriore modalità avente carattere eccezionale: l'affidamento diretto senza gara a società che abbiano i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cd. *in house*.

Tuttavia, l'economicità vale anche a qualificare il carattere imprenditoriale o meno dell'attività svolta.

Come noto, l'art 2082 c.c. definisce “*imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi*” e l'economicità è richiesta in aggiunta allo scopo produttivo dell'attività, che può dirsi condotta con metodo economico quando è tesa alla realizzazione di un profitto

⁵⁰ Corte Costituzionale, 17 novembre 2010 n. 325

o quando – comunque - è condotta con modalità tali da garantire, almeno, il pareggio fra costi e ricavi.

Tale nozione, invero, è recepita nella nostro ordinamento con riferimento agli enti pubblici: non sono imprenditori, infatti, gli enti pubblici quando gli stessi producano beni od erogino servizi gratuitamente o sottocosto, in guisa tale cioè da far oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Viceversa è imprenditore il soggetto, pubblico o privato, che gestisca i medesimi servizi con metodo economico, ossia finalizzato almeno alla copertura dei costi con i ricavi, indipendentemente dalla finalità avuta di mira dalla società erogatrice e, naturalmente, dalla possibilità che le condizioni del mercato di riferimento non consentano poi, in concreto, la remunerazione dell'attività svolta.

La giurisprudenza, invece, come sopra ricordato, si è avvalsa a fini classificatori di un diverso criterio, peraltro già elaborato dalla giurisprudenza comunitaria in riferimento alla definizione della nozione di organismo di diritto pubblico, ossia quello della presenza o meno di un mercato concorrenziale. Requisito desumibile da tutta una serie di indici rivelatori, quali – tra gli altri – l'esistenza di rischi connessi all'attività da esercitare, lo scopo lucrativo in capo al gestore, il finanziamento prevalentemente o esclusivamente pubblico.

In tale ottica, la rilevanza economica del servizio viene apprezzata in relazione all'impatto che lo stesso può avere sull'assetto della concorrenza nonché alla redditività della relativa gestione.

Ove il servizio non possa essere offerto sul mercato dietro remunerazione, la sua presenza non sarà idonea a generare competizione fra gli operatori, sicchè il servizio stesso andrà considerato come privo di rilevanza economica.

Viceversa, ogni qualvolta l'attività di erogazione del servizio, in relazione ai caratteri tipici della prestazione, sia tale da consentire, almeno in via potenziale, la produzione di un utile o un avanzo di gestione, lo stesso andrà considerato come servizio di rilevanza economica.

La rilevanza sociale o meno del servizio di cui si tratta, in definitiva, non assume una importanza fondamentale, rilevando piuttosto la concreta natura del suo espletamento, i suoi specifici connotati tecnico organizzativi ed in particolare la natura giuridica del soggetto chiamato ad espletarlo⁵¹, fermo restando che la scelta del modello organizzativo della società integra la natura di imprenditore commerciale e l'applicazione del relativo statuto, qualsiasi sia l'attività economica svolta.

4. Il modello delle società in house e compatibilità con il diritto delle società.

Sono definiti *in house*⁵² le società e gli altri enti legittimamente affidatari in via diretta, quindi senza gara, di appalti o servizi pubblici da parte delle Pubbliche Amministrazioni che ad essi partecipano.

⁵¹ Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵² Su cui, tra gli altri, R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2013, pag. 290 segg.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione pre-*

Questo modello gestorio, come noto, trova origine nella giurisprudenza comunitaria, ed in particolare nella famosa sentenza *Teckal*⁵³, che aveva escluso l'applicabilità delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta della controparte contrattuale di un appalto o il concessionario di un pubblico servizio, qualora l'ente "eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano."⁵⁴

Tale deroga si spiega nell'ottica dei principi comunitari di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità e di trasparenza (artt. 12, 43, 49, 86 Trattato CE, corrispondenti agli attuali artt. 18, 49, 56, 106 Trattato FUE), cui la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è funzionalizzata: solo laddove, per le specifiche caratteristiche della struttura societaria e per il rapporto che la lega all'amministrazione appaltatrice, non sia configurabile una vera alteri-

valente dell'attività ed autonomia statutaria, in *Riv. dir. soc.*, 2012, pag. 211 segg.; F. FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Gazz. Forense*, 2014, pag. 12; Id., *L'ordinamento delle società pubbliche*, cit., pag. 57 segg.; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2012, pag. 243; A. ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione in house dei pubblici servizi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, cit., pag. 59; M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società pubbliche*, a cura di IBBA-MALAGUTIMAZZONI, Torino, 2011, pag. 243 segg.; E. LA MARCA, *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema delle società a capitale interamente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, pag. 568 segg.; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pag. 780 segg.

⁵³ C. giust., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pag. 1339.

⁵⁴ Corte di giustizia 18 novembre 1999, in causa C-107/98 *TECKAL* s.r.l. contro Comune di Aviano. In modo più o meno conforme: Corte di giustizia, 10 novembre 1998, *BHI HOLDING* contro G. ARNHEM e G. RHEDEN; Corte di giustizia, 9 settembre 1999, *RI.SAN* s.r.l. contro Comune di Ischia; Corte di Giustizia, 15 giugno 2000, *ARGE Gewässerschutz* contro Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft.

tà soggettiva fra appaltante ed appaltatore, tali principi non risultano pregiudicati dall'affidamento diretto del servizio.

La tutela della concorrenza, infatti, non obbliga l'Amministrazione a rivolgersi al mercato per reperire i beni e i servizi di cui ha bisogno. Secondo la Corte, «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, *senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi*»⁵⁵. Quando si realizza un'ipotesi di autoproduzione della P.A. si esce dall'ambito di applicazione delle prescrizioni sugli appalti pubblici, le quali presuppongono che un'Amministrazione stipuli un contratto a titolo oneroso con uno o più operatori economici distinti da essa (cfr. art. 3, comma 3, D.Lgs. 163/2006).

Ebbene, secondo l'orientamento più volte espresso dalla Corte di Giustizia, la normativa comunitaria sugli appalti pubblici non trova applicazione quando non si è in presenza di un vero rapporto contrattuale, come avviene nel caso di delegazione interorganica, la quale esclude la terzietà e consente l'affidamento diretto⁵⁶.

⁵⁵ C. giust., 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, par. 48 (corsivo aggiunto), in *Foro it.*, 2005, IV, c. 136; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pag. 1004, con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*.

⁵⁶ La Corte di giustizia europea, Sez. I, 11 gennaio 2005 n. C-26/03 ha ribadito che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con una entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici. La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipa anche l'amministrazione aggiudicatrice, e-

La scelta dell'affidamento *in house*, sostanzialmente, è – dunque – assimilabile ad una ipotesi di autoproduzione poiché, nonostante l'amministrazione formalmente affidi il servizio ad un' entità giuridicamente distinta da sé, essa esercita sulla stessa un controllo «analogo a quello esercitato sui propri servizi» e l'entità, a sua volta, realizza la parte più importante della propria attività con l'Amministrazione stessa, così da non operare sul mercato e da non competere con altre imprese sfruttando indebitamente la posizione di vantaggio acquisita⁵⁷.

Infatti i requisiti necessari per poter affermare la ricorrenza del fenomeno in oggetto, individuati dalla Corte di Giustizia nei suoi molteplici interventi, sono individuati nella sussistenza di un controllo analogo, esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sulla società *in house*, similmente a quanto avviene direttamente per i propri organi, e nella diversa attribuzione dei compiti fra amministrazione e società, tale per cui quest'ultima realizzi la parte prevalente della propria attività in favore dell'ente controllante.⁵⁸

In particolare, quanto al requisito del controllo analogo, molteplici sono stati gli interventi chiarificatori della giurisprudenza sia comunitaria che nazionale, considerata altresì l'importanza di tale nozione sia

sclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi. Pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva, debbono sempre essere applicate.

⁵⁷ Così ancora C. giust., 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, par. 49, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 136; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pag. 1004, con nota di V. Ferraro, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*.

⁵⁸ Cons. Stato, 18 settembre 2003, n. 5316

per la configurabilità in concreto del modello, sia – soprattutto- per la verifica di compatibilità dello stesso con i “tipi” di società disciplinati dall’ordinamento italiano.

Proprio con riferimento alla dipendenza della società dall’ente controllante, infatti, la giurisprudenza ha escluso che la forma societaria sia un elemento determinante per l’applicazione delle procedure ad evidenza pubblica, occorrendo riscontrare in concreto l’effettivo controllo che l’amministrazione esercita sulla società partecipata.

Al riguardo, si è ritenuto che la partecipazione, anche minoritaria, di un privato alla società escluda il controllo «analogo» da parte dell’Amministrazione⁵⁹, richiedendo quale ulteriore requisito che il capitale della società sia interamente pubblico. Il controllo «analogo» è stato inteso, poi, come «possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti» della società; pertanto, la sua ricorrenza è stata esclusa quando il controllo dell’ente pubblico sia limitato all’esercizio dei poteri consentiti dal diritto societario alla maggioranza dei soci, conservando il consiglio di amministrazione di una società, nella specie di diritto italiano e costituita in forma di s.p.a., le competenze gestionali che la legge gli riserva⁶⁰.

⁵⁹ Ancora C. giust., 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, cit.

⁶⁰ Così C. giust., 23 novembre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, par. 65 e 69, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 74; in *Giust. amm.*, 2005, pag. 1061, con nota di A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l’in house*; in *Giur. comm.*, 2006, II, pag. 780, con nota di I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*. La sentenza ha esteso le considerazioni della precedente giurisprudenza, riguardante la scelta della controparte nei contratti pubblici (disciplinati dalla direttiva 92/50), alla concessione dei servizi pubblici, ammettendo anche in questo caso l’*in house providing*, in deroga alle disposizioni e ai principi del Trattato che altrimenti l’avrebbero disciplinata.

Su tali direttrici si è attestata anche la giurisprudenza amministrativa nazionale.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁶¹ ha ritenuto, ai fini del controllo analogo dell'ente pubblico, che «lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati»; ha ritenuto, ancora, che «il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale»; infine, che «le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante»⁶².

Quanto alla diversa attribuzione di compiti fra l'ente locale e la società aggiudicataria, va verificato che essa realizzi la parte prevalente della propria attività in favore del proprio controllante, non dovendosi intendere, in tal senso, che la società debba operare esclusivamente per l'ente, ma che possa svolgere per l'esterno solo attività meramente strumentali e di scarso rilievo economico rispetto al servizio d'interesse economico generale svolto dalla società in via principale.

L'orientamento trova la sua *ratio* nel fatto che rispetto ad un soggetto controllato che svolga la sua prevalente attività in favore del soggetto

⁶¹ Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, III, c. 161; in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pag. 1119, con note di R. CARANTA, *Ancora in salita la strada per le società miste*, e di G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici*; in *Urb. e app.*, 2008, pag. 1008, con nota di R. ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea*; in *Foro amm.-CdS*, 2008, pag. 740, con nota di C. ACOCELLA-F. LIGUORI, *Questioni vere (e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*.

⁶² Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, cit., par. 8.

controllore, non sono ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli altri operatori economici e per il rispetto delle regole della concorrenza.

Tale deroga non riguarderebbe solo le articolazioni interne delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali sarebbero prive di soggettività separata, ma anche qualsiasi soggetto giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, purchè sussistano le predette condizioni.

In altre parole, l'Adunanza Plenaria ha descritto il fenomeno *in house* come «un modello di organizzazione [dell'ente pubblico] meramente interno, qualificabile in termini di *delegazione interorganica*»⁶³.

Va osservato, in senso critico, che l'Adunanza Plenaria ha rappresentato una *governance* delle società *in house* di diritto interno peculiare rispetto ai modelli di società previsti dal codice civile, ma senza indagarne il fondamento normativo e/o le possibilità di realizzazione⁶⁴.

Inoltre, risulta improprio e di conseguenza equivoco il modo in cui l'Adunanza Plenaria richiamata ha definito il rapporto tra socio pubblico e società, mediante il riferimento alla «delegazione interorganica».

Nel nostro ordinamento la delegazione interorganica, quale istituto riconducibile, nell'ambito pubblicistico, ai sistemi di cd. esecuzione indiretta, comporta il trasferimento da un soggetto all'altro di competenze, funzioni e poteri, con la conseguenza che il delegante si spoglia

⁶³ Ancora Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, cit., par. 8 (corsivo aggiunto).

⁶⁴ Cfr. L. MACCHIARULO, *Il fallimento di una società pubblica di trasformazione urbana: il caso Bagnolifutura*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2/2015, p. 341

di proprie attribuzioni in favore del delegato, il quale a sua volta, agisce esclusivamente nell'interesse e per conto del delegante, acquisendo legittimazione attiva e passiva e diventando direttamente responsabile nei confronti dei terzi degli atti di esecuzione della delegazione.

E' evidente come un siffatto modello risulti del tutto difforme rispetto al rapporto, di natura esclusivamente privata, intercorrente tra il socio, anche pubblico, e la società, distinta persona giuridica, da lui controllata.

Il modello prefigurato, infatti, elimina ogni reale alterità fra la società ed i suoi soci, pubblici o privati che siano, distinzione che, viceversa, non solo costituisce il principio cardine del nostro ordinamento societario ma che, a ben vedere, rappresenta anche la ragione fondamentale della deroga ammessa dalla giurisprudenza comunitaria al necessario espletamento della procedura ed evidenza pubblica: solo la sussistenza di un soggetto dotato di personalità autonoma rispetto all'ente affidante, infatti, costituisce elemento di differenziazione rispetto al fenomeno dell'autoproduzione in senso stretto (cui pure viene sostanzialmente assimilata) e giustifica la stessa necessità di una ulteriore delimitazione dell'ambito di applicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

Sulla medesima linea direttrice si muove anche la giurisprudenza civile⁶⁵, la quale ha acriticamente assimilato il modello di società *in house* proposto dai giudici amministrativi senza, tuttavia, interrogarsi effica-

⁶⁵ Tribunale Napoli, 31 ottobre 2012, cit.; Tribunale S.M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, cit.; Tribunale Patti, 6 marzo 2009, e Tribunale Catania, 20 luglio 2010, cit.

cemente sulla compatibilità di un tale modello con i tipi societari previsti dal nostro ordinamento ed in particolare con la realizzabilità, in forza degli strumenti privatistici, di quel controllo del socio pubblico sulla società, richiesto ai fini della configurazione del requisito del controllo analogo.

Infatti il tipo di controllo che viene configurato dalle pronunce della giurisprudenza amministrativa e, come vedremo a breve, anche di quella di legittimità, assai difficilmente può realizzarsi con gli strumenti previsti dal nostro ordinamento societario in favore del singolo socio, pur a seguito delle innovazioni apportate con la recente riforma del diritto societario, se non ricorrendo a strumenti contrattuali e patti parasociali che attribuiscono al socio pubblico poteri diversi ed ulteriori rispetto a quelli normalmente esercitabili in assemblea dal singolo socio, anche totalitario⁶⁶.

Sul piano del diritto societario, infatti, il controllo analogo, nel senso prima delineato, non è certo possibile, nell'ambito delle società per azioni, sulla base delle regole civilistiche. La riforma del diritto delle società ha, infatti, accentuato la separazione del singolo socio dall'attività gestoria della società, prevedendo che quest'ultimo non possa neppure monitorare la gestione, avendo solo il diritto di voto, di impugnare le delibere, ed in caso di partecipazione qualificata, di chiedere la convocazione dell'assemblea, di denunciare eventuali sospetti di irregolarità al collegio sindacale o al tribunale.

⁶⁶ In questo senso, FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., pag. 66

Per le S.p.A. dunque, non resta, come eventuale luogo in cui esercitare il cd. controllo analogo, che quello del contratto di affidamento del servizio, in cui l'ente, azionista ed appaltante, può effettivamente imporre, in via parasociale, modalità termini e condizioni così stringenti ed unilaterali, da generare la configurazione di un effettivo controllo analogo a quello esercitato sui suoi servizi.

L'art 2497- *sexies* c.c., infatti, dispone che si presume l'attività di direzione e coordinamento di società da parte della società o ente tenuto al consolidamento dei bilanci (e non è questo il caso), o che comunque le controlla ai sensi dell'art 2359 c.c.

L'art 2359 c.c., poi, prevede tre possibili forme di controllo, attraverso la disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, oppure dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, oppure, ancora, in virtù di particolari vincoli contrattuali.

In tale ultima ipotesi, il controllo esterno si identifica con un potere effettivo della controllante di determinare l'attività dell'impresa controllata e che si configura come un potere esterno alla società controllata, che prescinde dalle sue regole organizzative interne.⁶⁷

In tali casi, a ben vedere, il controllo si esercita attraverso un rapporto contrattuale che non ha ad oggetto l'organizzazione o gestione della vita societaria, ma l'attività produttiva della stessa, indirizzata verso il profitto della controllante. La fattispecie, infatti, è nettamente distinta da quella di cui all'art 2497- *septies* c.c. che ha riguardo a contratti

⁶⁷ LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, 51 e ss.

costitutivi di un diritto di esercitare un penetrante controllo gestionale di tipo verticale od orizzontale, sulla società controllata.

Secondo autorevole dottrina, tale norma potrebbe al più implicare l'obbligo della società sottoposta di attenersi alle strategie imprenditoriali dettate dalla controllante, ma non potrebbe mai arrivare fino al punto di annullare qualsiasi autonomia di valutazione e decisione in capo agli organi societari.⁶⁸

Il tipo societario della società per azioni, nel nostro ordinamento, infatti, impedirebbe, per sua natura, un controllo invasivo del socio sull'amministrazione, nei termini indicati dall'Adunanza Plenaria, non potendosi giungere, in ogni caso, all'eliminazione di qualsiasi potere decisionale autonomo in capo al Consiglio di Amministrazione della società in ordine all'amministrazione e gestione della stessa, conformemente alla previsione di cui all'art 2380-*bis* c.c., ed al collegio sindacale in ordine alle prerogative di cui agli artt 2403 e 2403 *bis* c.c. Condizioni, queste, insufficienti ad integrare il requisito della delegazione interorganica.

Dal punto di vista del cd. controllo interno, dunque, l'unico modello conforme alle caratteristiche delineate per la società *in house* è quello

⁶⁸ Secondo un certo orientamento, l'art 2497 *septies*, c.c., ha come referente il gruppo paritetico (SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001) in linea con l'interpretazione proposta dalla relazione illustrativa del d.lgs. n. 34 del 2004 e n. 310 del 2004 (contra: VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, 874, secondo cui i contratti alla fonte dell'attività di direzione e coordinamento, proprio in virtù del contenuto precettivo dell'art 2497 *septies*, c.c. non possono che essere contratti che riguardano gruppi gerarchici). Secondo altra interpretazione i contratti di dominio ivi contemplati potranno implicare l'obbligo della società sottoposta, e per essa dei suoi amministratori, di attenersi alle strategie imprenditoriali impartite da chi esercita la direzione, ma non fino al punto di escludere ogni autonomia di valutazione e di decisione (RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 541)

delle società a responsabilità limitata⁶⁹, oramai pacificamente ammesse nella gestione dei servizi pubblici, ove è concepibile una forma di controllo di tipo invasivo ed anche asimmetrico. Si pensi, al riguardo, al disposto dell'art 2468 c.c., comma 3, ove è contemplata la possibilità che l'atto costitutivo della società preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti, o ancora all'art 2479, comma 1, c.c. il quale sancisce che i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonchè sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione.

Tuttavia la Corte di Cassazione, con una pronuncia⁷⁰ relativamente recente, sembra aver diversamente opinato, sostenendo la non riconducibilità del controllo analogo nell'ambito degli strumenti di direzione e controllo, pure previsti nel nostro ordinamento nell'ambito dei tipi sociali.

In particolare, con riferimento proprio al requisito del controllo analogo, le Sezioni Unite affermano che «quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia *statutariamente* il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria *subordinazione gerarchica*»⁷¹.

⁶⁹ In questo senso anche OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 63 e ss; DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il cd. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, *ibidem*, 780 e ss.

⁷⁰ Cassazione, sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

⁷¹ Cassazione, sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., (corsivo aggiunto).

Si conferma in questo modo la tendenza, già registrata, a cristallizzare i requisiti dell'*in house providing* e ad attribuirgli una fisionomia pubblicistica che stride con la forma societaria dell'ente, come la stessa sentenza rileva in prosieguo.

Infatti, le Sezioni Unite evidenziano «l'anomalia del fenomeno *in house* nel panorama del diritto societario», in primo luogo per il fatto che si tratta di «società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e residuale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato»; inoltre, ed in misura più importante, a causa della «totale assenza di un potere decisionale suo proprio [della società], in conseguenza del *totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale*»⁷².

Quest'ultimo aspetto impedirebbe, secondo le Sezioni Unite, di ricondurre il controllo analogo all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento – che, come noto, pure si caratterizza per un *quid pluris* rispetto al mero controllo societario di cui all'art. 2359 c.c. (art. 2497-*sexies* c.c.) – poiché nel primo caso, a differenza che nel secondo, l'autonomia gestionale della società sarebbe del tutto annullata⁷³.

Quindi, i giudici di legittimità escludono che il controllo analogo possa realizzarsi sia nelle società per azioni, perché in esse espressamente l'art. 2380-*bis* c.c. riserva la gestione della società alla competenza esclusiva degli amministratori, sia nelle società a responsabilità limi-

⁷² Cassazione, sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., par. 4.3 (corsivo aggiunto).

⁷³ Cfr. L. MACCHIARULO, *Il fallimento di una società pubblica di trasformazione urbana: il caso Bagnolifutura*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2/2015, p. 342

tata, nonostante il loro modello legale di gestione sia derogabile: in particolare richiamano l'art. 2468, comma 3, c.c., che consente l'attribuzione a singoli soci di «particolari diritti riguardanti l'amministrazione», ritenendo che ciò non sia sufficiente; tuttavia, non menzionano affatto l'art. 2479, comma 1, c.c., che pure rimette all'atto costitutivo, apparentemente senza limiti, la determinazione delle materie di competenza dei soci, rendendo possibile una significativa erosione di competenze amministrative⁷⁴.

Tali considerazioni, di fatto, mostrano la oggettiva debolezza del complessivo impianto motivazionale seguito dalla giurisprudenza e dallo stesso legislatore e ciò sotto due diversi punti di vista: quello pubblicistico, in quanto la società, specie quella per azioni, non può mai per sua natura, come visto, essere idonea alla configurazione di quel controllo analogo che la legge richiede, se non – come evidenziato – facendo ricorso a strumenti contrattuali che configurino comunque un controllo esterno alla società stessa; e quello privatistico in quanto la configurazione della fattispecie, laddove possibile, produce l'effetto di per sé del cd. abuso del dominio, ovvero della responsabi-

⁷⁴ Come vedremo si è tentato in dottrina di individuare gli strumenti che rendano compatibile con l'ordinamento societario il requisito del controllo analogo. A tal fine si è fatto ricorso a possibili soluzioni statutarie o di altro tipo (quali i patti parasociali) per realizzare un maggior coinvolgimento dei soci nella gestione della società, tale da poter integrare una forma di controllo dell'ente pubblico *analogo* a quello esercitato sui propri servizi; l'esito della ricerca senza dubbio privilegia le società a responsabilità limitata, caratterizzate da una notevole flessibilità organizzativa, facilmente adattabile alle esigenze dell'*in house*, sempreché l'ingerenza del socio pubblico nella gestione sia intesa nei ragionevoli limiti dell'efficienza operativa della struttura societaria: cfr., tra gli altri, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., pag. 220; M. COS-SU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., pag. 243 segg.; F. PETRERA, *Clausole statutarie in materia di amministrazione e controllo nelle società in house e miste*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, pag. 632 segg.; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il modello in house*, cit., pag. 780 segg.

lità da eterodirezione in violazione dei criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

In primo luogo occorre ribadire che, anche sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, sarebbe ben stata possibile una configurazione meno rigida del modello, tale da consentirne un'armonizzazione con i principi di diritto interno.

Ed invero, la Corte di Giustizia in taluni casi ha ritenuto sussistente il requisito del controllo analogo proprio su una società per azioni, partecipata in misura prevalente dal Comune committente, in base alla considerazione che il Comune aveva la possibilità, per il suo ruolo di socio di maggioranza, “ di designare i membri degli organi direttivi e di condizionare l'attività di questa società” e che, soprattutto, era stata stipulata una convenzione tra il comune e la società che consentiva al primo di esercitare sulla seconda un controllo strutturale e funzionale tale da escludere l'obbligo di gara⁷⁵.

In particolare la Corte rileva che in tal caso proprio la convenzione, avente natura di patto parasociale⁷⁶, avrebbe garantito il controllo analogo richiesto ai fini dell'affidamento diretto. In buona sostanza sembra che secondo la giurisprudenza comunitaria, ai fini dell'integrazione del requisito del controllo analogo, la partecipazione

⁷⁵ Così C. giust., 17 luglio 2008, *ASI Comune di Mantova*, C-371/05, par. 25 e 26, in *Giur. comm.*, 2009, II, pag. 5, con nota di D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privati istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*; nella medesima pronuncia, inoltre, si afferma che la condizione per cui la società deve realizzare la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico socio è soddisfatta quando l'attività sia destinata principalmente, ma in senso più qualitativo che quantitativo, all'ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale e strumentale

⁷⁶ In questi termini, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., pag. 215.

totalitaria, o almeno prevalente, non sia l'unica forma possibile attraverso cui esercitare tale controllo, potendo il detto requisito essere soddisfatto anche mediante il ricorso ad altri strumenti previsti nell'ordinamento dei singoli stati membri.

In ogni caso, appare decisamente eccessiva la pretesa mancanza di qualunque potere autonomo di gestione all'organo amministrativo, che priverebbe di significato la stessa scelta dell'ente pubblico di costituire una società, frustrando la finalità dell'ente di adottarne le tipiche modalità di azione.

Giustamente, quindi, una tale forma di controllo analogo appare irrealizzabile se confrontata sia con la disciplina delle società per azioni sia con quella, più liberale, delle società a responsabilità limitata.

Ma anche per quanto concerne l'attività esercitata dalle società *in house*, non è possibile escluderne il carattere commerciale. Infatti la circostanza che quest'ultima debba svolgere la propria attività in via esclusiva o prevalente nei confronti dell'ente pubblico socio di controllo, ovvero di tanti enti pubblici soci che congiuntamente partecipano al controllo⁷⁷, non ne può escludere la natura imprenditoriale, ai sensi dell'art. 2082 c.c., perché l'attività è comunque remunerata e potenzialmente economica. Va, infatti, rilevato che il requisito dell'esclusione del mercato, richiesto – come detto – dalla giurisprudenza comunitaria ai fini della qualificazione della società come *in*

⁷⁷ Quando l'attività della società *in house* consiste nell'erogazione di un servizio pubblico, in realtà le prestazioni sono erogate non all'ente, ma ai cittadini, ovvero ai membri della collettività da questo amministrata e, quindi, ad una pluralità di destinatari: questo schema è comunque ammissibile.

house, si spiega in ragione della specifica finalità della figura, ossia consentire l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali senza procedere alla gara, cosicchè la circostanza che la società stessa non operi su un mercato concorrenziale diviene requisito indispensabile ad evitare che la stessa possa indebitamente avvantaggiarsi, nella competizione con le altre società operanti in quel mercato, della sua posizione privilegiata. E' evidente, allora, che tale aspetto nulla ha a che vedere con l'attitudine imprenditoriale dell'attività in sé e per sé considerata. Anzi, proprio la ragione giustificatrice appena esposta, induce a ritenere la ricorrenza di tale requisito, atteso che la tutela di un mercato concorrenziale già di per sé evidenzia la eventuale redditività e remuneratività dell'attività espletata.

D'altronde, l'affidamento *in house* è emerso nel contesto degli appalti pubblici, che sono contratti a titolo oneroso, e in quello dell'organizzazione e gestione dei servizi «a rilevanza economica» (cfr. art. 113 T.U.E.L.), per i quali esiste un mercato, anche solo potenziale, ed in cui i costi dell'attività sono coperti dai ricavi. Infine, lo scopo di lucro della società non è incompatibile ma può armonizzarsi con gli interessi pubblici perseguiti dal socio pubblico e che conformano la sua partecipazione in società⁷⁸.

Le Sezioni Unite, viceversa, sembrano non porsi affatto il problema della legittimità del modello *in house*, così ricostruito, alla luce dei ti-

⁷⁸ Così G. OPPO, *Pubblico e privato*, cit., pag. 162; in senso conforme Cons. St., 20 marzo 2012, n. 1574, in *Foro amm. - CDS*, 2012, pag. 696. Cfr. anche l'opinione più articolata di F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in www.rivistacorteconti.it.

pi societari previsti nel nostro ordinamento e - soprattutto - della compatibilità dello stesso con tali tipi societari, postulando acriticamente l'esistenza nel nostro ordinamento del fenomeno *in house* nei termini precedentemente descritti.

Viceversa, va rilevato che non esiste, allo stato, nel nostro ordinamento un vero e proprio modello di società *in house*.

Il legislatore interno, infatti, si è limitato a fare rinvio al modello comunitario ed al solo limitato fine di regolare l'affidamento dei servizi nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, senza, nel contempo, introdurre nell'ordinamento alcun nuovo tipo di società o deroghe alla disciplina codicistica, con la conseguenza che le società *in house* sono, quanto ai profili organizzativi, società non di diritto speciale ma di diritto comune.

Dal canto suo, poi, il diritto comunitario neppure si è curato di delineare un nuovo tipo sociale che corrispondesse ai requisiti enucleati, limitandosi ad individuare le sole caratteristiche essenziali degli enti *in house* ed al solo limitato fine di circoscrivere la legittimità degli affidamenti diretti della P.A., ovvero per delimitare l'ambito di applicazione delle procedure amministrative di aggiudicazione, e senza che la stessa Corte di Giustizia abbia potuto escludere in astratto un eventuale contrasto, con la sua conseguente inammissibilità, di tale formula organizzativa con quelle previste dal diritto interno degli Stati membri.

Pertanto, quando gli enti pubblici costituiscono società, magari proprio con lo scopo di sottrarsi all'obbligo di gara per l'affidamento di

appalti o servizi, dispongono, di regola e salvo eccezioni, solo dei tipi societari previsti dal codice civile, delle cui regole organizzative dovrebbe essere valutata la compatibilità con il controllo «analogo».

Ma per le Sezioni Unite tali regole, come osservato, sono senz'altro incompatibili con la forma di controllo da loro delineata: tuttavia, ciò non impedisce l'esistenza di società suscettibili di essere qualificate *in house* e di operare come tali, il cui peculiare assetto organizzativo non è dato comprendere, a questo punto, da cosa sia legittimato.

Il punto emerge in tutta la sua criticità laddove le stesse Sezioni Unite riconoscono che, a causa delle loro peculiari caratteristiche, nelle società *in house*, «il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva». E, continuano le Sezioni Unite, «l'uso del vocabolo società qui serve allora solo a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma *di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma* cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, *non è più possibile parlare*»⁷⁹.

Sembra, in altre parole, che la società *in house*, per le sue caratteristiche, realizzi una forma di abuso della personalità giuridica che, tuttavia, viene non solo tollerata, ma anche disciplinata.

⁷⁹ Cassazione, sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., par. 4.3 (corsivo aggiunto).

È del tutto evidente che se la giurisprudenza di legittimità si attestasse su tali principi, ne potrebbero derivare effetti dirompenti, consentendo di superare il diaframma della personalità giuridica e di disapplicare la disciplina delle società di capitali; disciplina che invece dovrebbe imporsi per effetto della loro costituzione come persone giuridiche mediante la sola iscrizione nel registro delle imprese, *ex art.* 2331 c.c. ed in ragione, soprattutto, dell'affidamento riposto dai creditori venuti in contatto con la società i quali, in quanto tali, hanno il diritto di fruire di tutti gli strumenti previsti dalla legislazione a tutela dei propri diritti.

Bisogna precisare, in verità, che questa sentenza non interviene specificamente sulla questione della fallibilità delle società *in house*, ma risolve, positivamente, la questione della giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti dei loro amministratori e sindaci.

Il tema della responsabilità contabile (ovvero per danno erariale) degli organi di società partecipate da enti pubblici⁸⁰, come osservato in precedenza, è stato oggetto più volte della pronunce delle Sezioni Unite, ma in passato era stato risolto diversamente ed in modo uniforme per tutte le società pubbliche. I giudici di legittimità avevano, in particolare, distinto l'ipotesi di danno arrecato al patrimonio della società da quella di danno arrecato direttamente al socio pubblico. Solo quest'ultimo, in quanto danno erariale, avrebbe legittimato il procuratore della Corte dei Conti a promuovere un'azione di responsabilità

⁸⁰ In argomento, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., pag. 18 segg.; Id., *Tipologia e natura*, cit., pag. 14.

nei confronti dei componenti degli organi amministrativi e di controllo della società; nel primo caso, invece, sarebbero state esperibili solo le azioni civili di cui agli artt. 2392 ss. c.c., mancando i presupposti della giurisdizione contabile perché il patrimonio danneggiato è nella titolarità di un soggetto privato (la società)⁸¹.

E' evidente che una simile impostazione presuppone la qualificazione privatistica delle società in mano pubblica, impostazione non smentita dai più recenti interventi delle Sezioni Unite⁸² le quali, anzi, ne hanno confermato in generale la validità, riconoscendo la natura privatistica delle società in mano pubblica e contrastando l'opinione favorevole alla riqualificazione delle stesse in enti pubblici: hanno solo differenziato le società *in house* per natura e disciplina da tutte le altre.

Le Sezioni Unite, infatti, dopo aver definito le società *in house* prive di soggettività propria e distinta dagli enti che le controllano, hanno ritenuto che i loro amministratori, in quanto preposti a strutture corrispondenti ad articolazioni interne alla Pubblica Amministrazione, «siano personalmente a questa legati da un vero e proprio *rapporto di servizio*, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico»⁸³. Tale rapporto finisce per costituire l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità esercitata nei confronti degli

⁸¹ Cfr. Cassazione, sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit.

⁸² Oltre a Cassazione, sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., si segnala Cassazione, sez. un., 10 marzo 2014, n. 5491, cit.

⁸³ Cassazione, sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., par. 5 (corsivo aggiunto).

organi amministrativi di controllo di società *in house* per i danni cagionati al patrimonio sociale.

Lo specifico *thema decidendum* delle sentenze di legittimità che hanno analizzato la natura delle società *in house* solleva l'interrogativo delle conseguenze giuridiche che se ne debbano trarre, se cioè queste siano limitate alla sola giurisdizione contabile o risultino più ampie.

In particolare, con riferimento alla questione della fallibilità, si potrebbe argomentare che le società *in house* non falliscono proprio perché costituiscono mere «articolarioni» degli enti pubblici soci, nei cui confronti vale direttamente l'esonero di cui all'art. 1, comma 1, legge fallim.: tale conclusione risulta coerente con le premesse svolte dalle Sezioni Unite sui caratteri qualificanti delle società *in house* e sulla carenza di una loro autonomia formale e sostanziale⁸⁴.

In questo senso si sono orientate alcune Corti di merito, che hanno rigettato i ricorsi di fallimento di società *in house* sul presupposto che queste siano configurabili come strutture interne agli enti pubblici ed, in quanto tali, non suscettibili di fallimento⁸⁵.

Tuttavia, altre Corti⁸⁶ hanno fornito diversa lettura, finalizzata a circoscrivere la portata della pronuncia delle Sezioni Unite al solo ambito della giurisdizione contabile.

Alla base di tali pronunce si pone soprattutto l'esigenza di garantire il principio di certezza del diritto e la tutela dell'affidamento dei privati

⁸⁴ Così G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit., pag. 497.

⁸⁵ Tribunale Verona, 19 dicembre 2013, in www.ilcaso.it; v. anche Tribunale Napoli, 9 gennaio 2014, in www.ilcaso.it

⁸⁶ Tribunale Modena, 10 gennaio 2014, in www.ilcaso.it; Tribunale Pescara, 14 gennaio 2014, in www.ilcaso.it; Tribunale Palermo, 13 ottobre 2014, in www.ilcaso.it.

che siano venuti in contatto con la società, ponendosi al riparo dalle incertezze applicative che deriverebbero dalla possibilità per le società *in house* di evitare il fallimento, in mancanza di criteri univoci e formali cui ancorare la qualificazione di tali società e distinguerle dalle altre società, a capitale sia pubblico che privato, come tali sicuramente fallibili.

Come vedremo in seguito, anche il Tribunale di Napoli nella sentenza sul caso Bagnolifutura, dopo aver introdotto le società *in house* presentandone i tre requisiti ricorrenti – natura pubblica dei soci, destinazione prevalente dell'attività in favore dei soci, controllo analogo – senza discostarsi dalle definizioni fornite dalle Sezioni Unite, ha poi ritenuto che le considerazioni dei giudici di legittimità circa l'assenza di autonomia e di personalità giuridica di tali società abbiano avuto il solo fine di individuare la giurisdizione della Corte dei Conti e che, quindi, non se ne possa desumere la loro non assoggettabilità al fallimento, interpretando in senso ostativo il silenzio mantenuto al riguardo dai giudici di legittimità⁸⁷.

Ogni altra conclusione sarebbe stata non solo in contrasto con il dato normativo, ma anche lesiva «dei principi di uguaglianza e affidamento dei soggetti che con essa entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela messi a disposizione dell'ordinamento»⁸⁸.

È comunque opportuno ricordare che, prima di pronunciarsi sulla questione della giurisdizione contabile nei confronti delle società *in*

⁸⁷ Tribunale di Napoli, sezione VII, sentenza 29 maggio 2014, cit.

⁸⁸ Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209, cit

house, la Suprema Corte aveva confermato la soggezione al fallimento di tutte le società a partecipazione pubblica, per la prevalente ragione che, in mancanza di deroghe legislative, esse seguono la disciplina stabilita per gli imprenditori privati poiché sono, prima ed indipendentemente da qualunque aggettivazione, «società»⁸⁹.

Il problema è se tale opinione, facente leva anzitutto sulla natura di società, debba ritenersi superata per le società *in house* per effetto delle valutazioni contenute nelle successive pronunce o se, invece, sia da credere che la Cassazione abbia inteso tenerla ferma ai fini anche del loro fallimento, limitando una diversa valutazione al solo aspetto contabile.

⁸⁹ Ancora Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209, cit.

CAPITOLO II
IL FENOMENO DELLE SOCIETA' DI TRASFORMAZIONE
URBANA

1. L'inquadramento delle S.T.U. nell'ambito delle società di gestione dei servizi pubblici. La nozione di trasformazione urbanistica.

Il comma 59 dell'art 17 della legge n. 127/1997 (ora tradotto nell'art 120 delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, n. 267/2000), ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto delle società di trasformazione urbana, riconoscendo a Comuni ed a Città metropolitane la facoltà di costituire, anche con la partecipazione di Provincia e Regione, specifiche società per azioni al fine di progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana che rappresentino momenti di attuazione degli strumenti urbanistici vigenti.

La norma è collocata nel titolo V del T.U. degli enti locali, dedicato ai "servizi ed interventi pubblici locali", ciò che ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi in ordine alla riconducibilità delle società di trasformazione urbana nell'ambito delle società per la gestione di servizi pubblici, con la conseguente applicabilità della relativa disciplina in relazione a quegli aspetti non specificamente regolati dal legislatore.

Preliminare alla risoluzione di siffatto problema di inquadramento giuridico, è la individuazione della funzione precipua di tali società,

per poi verificarne la riconducibilità nell'ambito della nozione di servizio pubblico in senso stretto.

Sotto questo profilo emerge il concetto di trasformazione urbana, individuata dal legislatore quale oggetto sociale delle S.T.U., da inquadrarsi nella più ampia funzione di conformazione del territorio.

Il legislatore, infatti, attribuisce alle S.T.U. un ruolo di fondamentale importanza nell'ambito delle dinamiche di attuazione della pianificazione urbanistica comunale, che – tuttavia – rimane pur sempre vincolata alle scelte generali di piano, cui la società non può derogare, stante l'espressa previsione secondo cui le S.T.U. devono realizzare interventi di trasformazione territoriale nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti⁹⁰.

La scelta operata dal legislatore, allora, è di mantenere saldamente nella mani dell'ente locale la funzione di pianificazione urbanistica e di demandare alle società di trasformazione urbana il solo profilo dell'attuazione di quelle scelte, senza possibilità di apportarvi deroghe o varianti di sorta.

Ciò farebbe ritenere che con tale strumento, diversamente da quanto accade nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali, non si sia inteso realizzare una vera e propria esternalizzazione (questa volta non della gestione dei servizi, ma della funzione pubblica di pianificazione del territorio), dal momento che non avviene alcun trasferimento della titolarità della funzione dall'ente locale alla società per azioni. Quest'ultima, infatti, si limita a porre in essere una serie di interventi

⁹⁰ Su punto, DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. amm.*, 1999, 3-4, pag. 548-549

che si configurano come meramente attuativi delle scelte già operate a monte dall'ente titolare della funzione di pianificazione urbanistica.

Tale tesi non appare condivisibile nella misura in cui si rifletta che l'ente locale, con la creazione della S.T.U., esternalizza la fase di attuazione della scelte di pianificazione urbanistica, di cui rimane comunque esclusivo titolare, allo stesso modo in cui, nell'ambito della gestione dei servizi pubblici, esternalizza il solo segmento relativo all'erogazione del servizio⁹¹.

Del resto, attuazione delle scelte urbanistiche di piano, non significa mera realizzazione materiale delle stesse, essendo stato correttamente osservato che, nell'ambito della realizzazione della pianificazione urbanistica, la fase della pianificazione su vasta scala e quella dell'attuazione concreta delle scelte, costituiscono due profili autonomi ma strettamente interconnessi.

E', infatti, nella concreta fase dell'attuazione che, per un verso, trova concreta realizzazione "quell'azione di conformazione del territorio che un'autorevole dottrina ritiene il cuore della funzione pianificatoria"⁹², e per altro verso, emergono le maggiori difficoltà sul piano della fattibilità delle scelte operate a monte, in ragione soprattutto della scarsità delle risorse pubbliche.

Proprio in ragione di tale ultimo aspetto, l'evoluzione del sistema è stata nel senso di un progressivo coinvolgimento del privato anche in tale ambito, attraverso la creazione di strumenti, come le società di

⁹¹ In tal senso, F. GAMBARDELLA, *Le società di trasformazione urbana*, in *I servizi pubblici locali*, di F. LIGUORI, Giappichelli, 2007, pagg. 273 e ss.

⁹² DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., p. 514

trasformazione urbana, che possano rendere appetibili anche per i capitali privati la fase attuativa delle scelte urbanistiche, attraverso programmi che non mirino più solo al governo della espansione urbanistica, quanto piuttosto ad una riqualificazione del territorio, anche da un punto di vista economico – occupazionale.

Tale percorso muove secondo due direttrici fondamentali: quello dell'urbanistica per progetti o programmi e quello dell'affermarsi di un metodo consensuale nell'effettuazione delle scelte di riqualificazione urbana.

La legge urbanistica fondamentale del 1942, infatti, prevedeva un modello di pianificazione del territorio discendente che mirava a governare l'espansione urbanistica attraverso strumenti di pianificazione cd. "a cascata".

Le esigenze manifestatesi nel tempo, tuttavia, hanno mostrato l'insufficienza di un simile modello. Le istanze emergenti dal territorio hanno sempre più evidenziato il bisogno di interventi che trascendano le sole problematiche più strettamente urbanistiche, per privilegiare un approccio integrato, attento anche ad aspetti più propriamente occupazionali ed economici, nonché di sostenibilità ambientale, delle soluzioni proposte, attraverso il recupero e la riqualificazione urbana delle realtà già esistenti.

A queste esigenze viene incontro il legislatore con i nuovi strumenti di programmazione negoziata, che prevedono il coinvolgimento oltre che dei vari livelli di governo, anche dei privati che - in tal modo - vengono a collaborare attivamente, con l'apporto di capitali e del necessario

know how, all'attività di pianificazione, secondo un modello di approccio integrato all'urbanistica⁹³.

L'ingresso di moduli consensuali anche nell'ambito del governo del territorio, segue la diffusa tendenza del nostro ordinamento verso una generale affermazione del principio di consensualità nell'attività di cura concreta dell'interesse pubblico, siccome in grado di garantire, attraverso la condivisione dell'operato della pubblica amministrazione, una maggiore celerità ed efficienza dell'azione amministrativa ed una riduzione del contenzioso con i soggetti coinvolti dalla stessa.

Nell'ambito della pianificazione urbanistica, come già accennato, il consenso dei privati si presenta viepiù necessario in ragione della scarsità delle risorse economiche e della necessità di apporti di capitale privato, ciò che ha imposto il progressivo *favor* per strumenti operativi che, da un lato, risultassero funzionali alla realizzazione di una determinata politica urbanistica e, dall'altro, fossero capaci di attrarre gli investimenti privati attraverso interventi di riqualificazione del territorio in grado di dare risposte alle esigenze economiche ed occupazionali delle popolazioni su di esso insediate.

Si tratta di modelli che permettono una definizione di interventi di conformazione territoriale di aree determinate, tenendo conto delle esigenze di riqualificazione urbana dei siti, soprattutto in relazione alla necessità di riconvertire aree soggette a forte degrado o interessate da processi di mutamento di vocazione, quale possono aversi allorchè, nell'area cittadina, si dismettano comparti industriali ed emergano e-

⁹³ PERINI, *I programmi integrati d'intervento: dal modello statale alla disciplina regionale*, in *Riv. giur. Urb.*, 2001, 3-4, p. 451

sigenze di utilizzazione di ampie porzioni territoriali al fine di allocarvi strutture con funzioni urbane ed opere di interesse della collettività⁹⁴.

Da questo punto di vista, la funzione delle S.T.U. sembra del tutto simile, ed anzi sovrapponibile, a quella degli strumenti di programmazione negoziale che si inseriscono in quella amministrazione consensuale di cui si è parlato e che nell'ambito di un più complesso quadro di cooperazione fra pubblico e privato, mirano a realizzare progetti di intervento che trascendono l'aspetto più strettamente urbanistico, per abbracciare programmi di più ampio respiro finalizzati ad un vero e proprio recupero, anche dal punto di vista economico ed occupazionale del territorio.

La sovrapposizione si rivela, tuttavia, più apparente che reale laddove si passi ad una analisi puntuale delle caratteristiche proprie dell'uno e dell'altro strumento giuridico.

Laddove, infatti, gli strumenti di programmazione negoziata vedono il necessario coinvolgimento dei proprietari delle aree ove gli interventi dovranno essere realizzati, in un'ottica di attiva collaborazione, nell'ipotesi di costituzione di una società di trasformazione urbana, invece, il coinvolgimento di questi ultimi si pone come meramente eventuale. A ben vedere, infatti, tale ultimo strumento sembra essere stato previsto dal legislatore proprio come alternativa agli strumenti di programmazione negoziata, quante volte la collaborazione con i priva-

⁹⁴ F. GAMBARDELLA, *Le società di trasformazione urbana*, cit., pagg. 279 e ss.

ti proprietari delle aree non si dimostri una strada percorribile per la realizzazione di programmi di riqualificazione urbana, o in ragione dell'eccessiva frammentazione della proprietà dei terreni interessati o, al contrario, in ragione dell'esistenza di situazioni monopolistiche⁹⁵.

Diversa, inoltre, è anche la capacità di tali istituti di incidere sul piano delle concrete scelte urbanistiche, apportando variazioni alle previsioni di piano.

L'art 120 del T.U.E.L., infatti, espressamente inquadra l'attività delle S.T.U. nell'ambito delle previsioni urbanistiche vigenti, vincolandone l'attività sul piano attuativo di scelte già effettuate nelle sedi loro proprie, senza possibilità di apportarvi deroghe.

Viceversa, il piano integrato rappresenta un elemento di rottura nell'ambito della tradizionale pianificazione bilivello, poiché il piano integrato "non è strumento necessariamente attuativo del P.R.G., anche se potrebbe poggiare le sue basi sulle previsioni di questo, ma ha caratteristiche di forte autonomia progettuale e di contenuto, potendo prescindere dal piano generale o modificarne profondamente le prescrizioni"⁹⁶.

Proprio tale ultimo profilo induce a dubitare della possibilità di inquadrare le S.T.U. nell'ambito della urbanistica consensuale⁹⁷, dovendosi escludere che la eventuale partecipazione dei privati (che, come ve-

⁹⁵ URBANI, *Trasformazione urbana e società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. Urb.*, 2000, 3-4, pt. 2, p.627: "in questi casi il programma integrato d'intervento non ha possibilità di successo, poiché manca una chiara identificazione della parte da contrapporre all'amministrazione"

⁹⁶ URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000, 40

⁹⁷ F. GAMBARDELLA, *Le società di trasformazione urbana*, cit., pagg. 282 e ss.

dremo, oltre che ammessa dal dato normativo, si appalesa quanto mai opportuna), possa tradursi in una effettiva possibilità di questi ultimi di incidere in maniera significativa, attraverso un'attività di collaborazione attiva con l'amministrazione, su soluzioni già prefigurate dall'amministrazione in sede di programmazione di piano.

L'aver subordinato, in modo espresso, l'attività delle S.T.U. al rispetto delle previsioni urbanistiche vigenti, induce ad una ricostruzione delle stesse alla stregua di uno strumento operativo del comune nella fase della concreta attuazione delle scelte urbanistiche.

Ciò fermo restando che la società ben potrà, in relazione alle criticità emergenti proprio nella fase della concreta realizzazione di quelle scelte ed in ragione delle specifiche professionalità espresse dalla compagine sociale, suggerire all'ente le eventuali varianti di piano regolatore necessarie per la realizzazione del suo oggetto sociale, sebbene tale contributo si attesterà sul piano di un mero suggerimento, che il comune potrà ben decidere di non accogliere obbligando - di conseguenza - la S.T.U. ad una ridefinizione del proprio piano operativo al fine di adeguarsi alle determinazioni dell'ente.

Escludere le S.T.U. dal piano dell'urbanistica consensuale significa riconoscerne, allo stesso tempo, un ruolo fondamentale nell'ambito della cd. urbanistica operativa⁹⁸, vale a dire di quella fase che attiene alla concreta attuazione delle scelte di piano, attraverso la puntuale definizione degli interventi, lo studio in ordine alla fattibilità econo-

⁹⁸ DE LUCIA, *Le società di trasformazione urbana nell'ordinamento italiano (il comma 59 dell'art 17 della legge 15 maggio 1997 n. 127)*, in *Riv. giur. ed.*, 1998, 2, pt. 2, p. 78

mica degli stessi, la loro sostenibilità anche sociale ed ambientale ed, infine, la concreta realizzazione.

In altre parole, con le S.T.U. il legislatore non ha inteso affiancare una nuova figura agli strumenti di urbanistica consensuale già previsti nel nostro ordinamento quanto – piuttosto – ha voluto introdurre una struttura operativa, servente dell'ente locale, cui demandare la fase di concreta attuazione delle previsioni urbanistiche già effettuate dall'ente stesso e cui la società rimane vincolata, realizzando così una esternalizzazione del solo segmento attuativo della pianificazione, restando per il resto titolare della relativa funzione⁹⁹.

Tale inquadramento dà ragione della non divisibilità della tesi, da taluni sostenuta, della riconducibilità delle S.T.U. nell'ambito della categoria del servizio pubblico.

La tesi favorevole parte dal dato sistematico della collocazione dell'art 120 nel titolo V del T.U.E.L., dedicato ai servizi ed interventi pubblici locali, ciò che indurrebbe a ritenere che le stesse diano luogo ad una modalità gestoria dei servizi pubblici locali, attraverso la creazione di una società mista senza vincolo della prevalenza di capitale pubblico.

Ciò sulla scorta di una definizione di servizio pubblico locale inteso come “qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o

⁹⁹ In tal senso, F. GAMBARDELLA, *Le società di trasformazione urbana*, cit., pagg. 285.

servizi in funzione di un'utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale.”¹⁰⁰

Tuttavia, è stato osservato che tale tesi muove da una visione piuttosto riduttiva del concetto di trasformazione urbana, che trascende la categoria del servizio pubblico, per abbracciare manifestazioni più ampie ed articolate che possono anche inquadarsi nell'ambito della gestione del servizio pubblico ma che, in ogni caso, non si esauriscono in essa.

Come già sottolineato, la trasformazione urbana implica un'attività complessa di conformazione del territorio nella quale “convivono la funzione pubblicistica del governo delle trasformazioni urbane ed urbanistiche..... la promozione di interventi di pubblica utilità, comprensiva della realizzazione di opere pubbliche ed, infine, l'esercizio da parte dei soci privati, dell'attività di impresa”¹⁰¹,

Proprio quest'ultimo aspetto, inerente la possibile gestione del risultato dell'attività trasformativa, aspetto cui è legata anche – nella maggior parte dei casi – la remuneratività dell'impresa, induce a ritenere che senz'altro anche l'attività di trasformazione urbana intercetta un segmento della gestione del servizio pubblico e, tuttavia, appare evidente che tale aspetto si pone solo come uno degli elementi di tale complessa attività, ciò che, in definitiva, non ne consente la riconduzione nell'ambito della relativa disciplina¹⁰².

¹⁰⁰ VASTA, *Le società di trasformazione urbana come servizio pubblico*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 4, p. 549

¹⁰¹ GALLO, *Società di trasformazione urbana*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2005, p.735

¹⁰² GALLO, *Società di trasformazione urbana*, cit., 735: “Sostenere, invece, che le S.T.U. siano servizio pubblico, porta ad una conclusione inaccettabile: partendo, infatti, dalla constatazione che la S.T.U. rappresenta uno dei tanti strumenti per l'esercizio della funzione pubblica dell'urbanistica (*rectius* del governo del territorio) e richiamato l'art 112, d.lgs. n. 267/2000, che

Ciò non preclude che alle società di trasformazione urbana possano analogicamente estendersi anche talune norme dettate per la disciplina delle società di gestione dei servizi pubblici locali, giacchè questa estensione “non si fonda sull’identità perfetta tra quelle società e le società di trasformazione urbana, ma su un presupposto differente; sul presupposto che entrambi i tipi di società appartengono ad unico *genus*, regolato da un nucleo comune di disciplina.”¹⁰³

Del resto, la compatibilità dello schema delle S.T.U. con l’accezione di servizio pubblico, va valutata tenendo anche conto che una nozione di servizio non può che basarsi “oltre che, ovviamente, sullo svolgimento di una attività produttiva orientata al perseguimento di fini sociali, sulla doverosità della sua erogazione (conseguente alla scelta di assunzione del servizio con legge o con atti programmatici di un ente dotato di autonomia politica, e per effetto della quale l’amministrazione diventa responsabile dell’erogazione di quel servizio) e sul rilievo giuridico dell’utente, cui consegue l’instaurazione di un rapporto contrattuale trilaterale, in caso di gestione affidata a privati.”¹⁰⁴

E’ evidente come, nel caso delle S.T.U., la mancanza di una utenza finale avente una posizione giuridicamente qualificata e differenziata ri-

definisce i caratteri del servizio pubblico locale, l’intera funzione della pianificazione urbanistica, il che non appare aderente al *proprium* della disciplina e del contenuto del governo del territorio”

¹⁰³ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., 537. Di diverso avviso DE LUCIA, *Le società di trasformazione urbana nell’ordinamento italiano*, cit., 85 che, muovendo dall’assunto dell’appartenenza delle S.T.U. alla categoria del servizio pubblico, sottolinea che le stesse sono disciplinate “in linea di principio” dalle norme sui servizi pubblici.

¹⁰⁴ LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell’amministrazione*, Ed. Scientifica, Napoli, 2000, p. 83

spetto al risultato della trasformazione urbana, impedisca di configurare l'attività della stessa come gestione di un servizio pubblico.

Del resto, va evidenziato come la disciplina dettata dal legislatore con specifico riferimento alle modalità di gestione dei servizi pubblici sia finalizzata, primariamente, sulla scorta dell'impulso comunitario, alla tutela della concorrenza nel mercato di riferimento ed alla tutela dell'utenza, esigenze che non si possono porre nei medesimi termini con riferimento alle società di trasformazione urbana per le quali non può ipotizzarsi – come rilevato – una esigenza di tutela degli utenti finali, del resto neppure facilmente individuabili in corso d'opera¹⁰⁵, mentre – quanto alle esigenze di concorrenzialità – le stesse risultano soddisfatte dalla previsione dell'obbligo di espletamento della gara per la scelta del socio privato.

Invero, in linea più generale, va rilevato come neppure si ravvisi la necessità di una interpretazione che riconduca le S.T.U. nell'ambito della disciplina delle società di gestione dei servizi pubblici locali, atteso che “quello che appare decisivo è la concreta disciplina legislativa che prevede tale strumento operativo ed il relativo procedimento che impone positivamente che la scelta del privato avvenga attraverso procedure di evidenza pubblica, anche se, nel silenzio della legge, non è da escludere che possa farsi applicazione analogica delle norme di riferimento”¹⁰⁶, ferma restando la doverosa osservanza, quanto alle attività poste in essere dalla S.T.U., delle norme in tema di procedura ad

¹⁰⁵ In senso analogo, GALLO, *Società di trasformazione urbana*, cit., 751

¹⁰⁶ DE CAROLIS, *Scelta degli azionisti privati di una società di trasformazione urbana*, in *Urb. e app.*, 2004, 7, p. 855

evidenza pubblica, stante la sua natura di organismo di diritto pubblico.

2. *L'adozione del modello societario: i soggetti promotori e la partecipazione dei privati.*

Da un punto di vista dogmatico le S.T.U. vanno ascritte al genere delle società pubbliche, ovvero “quelle fattispecie societarie essenzialmente disciplinate dal diritto privato, epperò introdotte nell'ordinamento giuridico italiano da precise disposizioni, che le hanno configurate, in particolare, come strumenti gestionali delle autonomie locali.”¹⁰⁷

Si tratta, in questo come nel caso di società di gestione dei servizi pubblici (soprattutto a seguito delle modificazioni introdotte da ultimo con il d.l. n. 223/2006), di *societas unius negotii* (o, se si preferisce la terminologia di derivazione anglosassone, di una *project company*) attraverso la quale si realizza una cooperazione fra la mano pubblica e l'imprenditoria privata volta ad attrarre capitali di rischio di fonte privata per la realizzazione di lavori di trasformazione urbana, sulla scorta di un modulo che intendeva recepire l'esperienza francese delle “*sociétés d'économie mixte*” (S.E.M.)

Il modello paradigmatico è quello delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali; un modello che realizza un partenariato pubblico-privato in grado di assicurare notevoli vantaggi sia in termini

¹⁰⁷ PAGLIARI, *Le società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, p. 88

di risorse economiche, grazie all'apporto del capitale privato, sia in termini di efficienza dell'azione amministrativa, garantita dalla partecipazione alla compagine sociale di professionalità specifiche (vedremo, infatti, come nell'espletamento della procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato, occorra aver riguardo a soggetti dotati del necessario *know how* e delle competenze nello specifico settore di operatività della S.T.U.) ed alla scelta di una figura soggettiva più agile e snella rispetto agli apparati propri dell'ente.

D'altronde se, per un verso, è vero che la scelta di tale modulo organizzativo consente, come abbiamo visto in precedenza, di ovviare alla povertà delle risorse economiche disponibili, mediante apporto dei capitali privati, per altro verso la partecipazione dei privati alla compagine sociale consente di "realizzare obiettivi che, lasciati all'iniziativa privata, non decollerebbero, perché privi dell'indispensabile cornice pianificatoria e progettuale di riferimento e, prima ancora, della fissazione delle linee di politica urbanistica, attivabili soltanto dal potere pubblico."¹⁰⁸

Il legislatore, nel disciplinare la forma societaria delle S.T.U., ha previsto la costituzione delle stesse secondo il modello delle società per azioni senza prevalenza del capitale pubblico, diversamente da quanto previsto per le società miste di gestione dei servizi pubblici locali, per le quali è prevista anche la possibilità di costituzione nella forma delle società a responsabilità limitata.

¹⁰⁸ FRANCO, *Le società di trasformazione urbana nel quadro del nuovo ordinamento amministrativo*, in *Dir. della Regione*, 2002, 6, p. 1048

Tale dato induce l'interprete ad interrogarsi in ordine alla possibilità di estendere, in via analogica, tale previsione anche in relazione alle S.T.U. L'esclusione di una siffatta soluzione riposa sulla già individuata irriducibilità delle società di trasformazione urbana nell'alveo della nozione di servizio pubblico, stante la individuata complessità della funzione di conformazione del territorio, della cui fase attuativa sono investite le S.T.U.

Conferma di tale assunto può trarsi dalla circostanza che la legge 127/1997, nel raccogliere una soluzione già prefigurata dal Consiglio di Stato¹⁰⁹ nel silenzio della previsione normativa, ha espressamente introdotto la possibilità di costituzione delle società di gestione dei servizi pubblici locali anche in forma di società a responsabilità limitata, mentre una simile previsione non è stata introdotta con riferimento alle S.T.U., lasciando così immutata la lettera dell'art 120 T.U.E.L. E' facile – dunque - argomentare che se con la legge 127/97 sono state modificate le precedenti disposizioni di cui alla legge 142/90, relativamente alle sole società di gestione dei servizi pubblici locali, al fine di prevederne espressamente la costituzione anche nella forma di s.r.l., mentre altrettanto non è avvenuto con riferimento alle S.T.U., allora ciò non può che essere indice di una precisa volontà del legislatore in tal senso, il quale – pur consapevole delle opportunità offerte dal sistema delle s.r.l.- non ha ritenuto di prevederne l'utilizzo anche ai fini della costituzione delle S.T.U.¹¹⁰

¹⁰⁹ Parere della sez. II, 2 dicembre 1992, n. 2685/92, in *Cons. Stato*, 1994, I, 284

¹¹⁰ Contra BERGONZINI, *Le società di trasformazione urbana tra acquisizione "consensuale" degli immobili e "ricorso alle procedure di esproprio"*, in *Dir. della Regione*, 2002, 2-3, 126, lad-

Differenze di disciplina si colgono anche con riferimento alla individuazione dei soggetti promotori che l'art 120 T.U.E.L. individua esclusivamente nei comuni e città metropolitane, con la possibilità di partecipazione al capitale, peraltro meramente eventuale, delle Province e delle Regioni.

La legge non prevede espressamente la possibilità che l'iniziativa per la costituzione delle S.T.U. provenga da più comuni che, in tal modo, possono realizzare, in concerto fra loro, processi di trasformazione urbana sulle aree comprese nei rispettivi territori. Nel silenzio della norma nulla osta ad una simile possibilità che, anzi, appare favorita da argomenti sia di carattere strettamente letterale che di opportunità.

Quanto ai primi, vale rilevare l'utilizzo, da parte del legislatore, nel corpo della norma di locuzioni al plurale: "comuni" sono gli enti protagonisti della fase di iniziativa nella creazione della S.T.U., ed "enti locali" sono gli interlocutori della società nella convenzione destinata a disciplinare i diritti e gli obblighi reciproci fra le parti.

Quanto ai secondi, invece, viene in rilievo la necessità di garantire l'accesso ad un siffatto strumento operativo anche ai comuni di più piccole dimensioni "ciascuno dei quali potrebbe, da solo, essere in difficoltà a reperire i mezzi finanziari necessari."¹¹¹

dove si rileva che "non emergendo plausibili ragioni per ritenere che la struttura della società a responsabilità limitata sia meno idonea della società per azioni a consentire agli enti locali la realizzazione di interventi di trasformazione urbana, sembra di poter interpretare l'espressione "società per azioni".....in maniera estensiva (*lex minus dixit quam voluit*), e di ravvisarvi una implicita volontà legislativa di permettere agli enti interessati anche la eventuale costituzione di società a responsabilità limitata"

¹¹¹ BERGONZINI, *Le società di "trasformazione urbana"*, cit., p. 126

In tale direzione sembra muoversi, del resto, anche la giurisprudenza amministrativa¹¹² che sostiene l'ammissibilità di S.T.U. cd. "omnibus", destinate ad operare sul territorio di più comuni a seguito di singole e specifiche delibere adottate in tal senso dai rispettivi consigli comunali, ciò rispondendo anche ai principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, altrimenti frustrati qualora si ritenesse necessaria la costituzione di una S.T.U. *ad hoc* per ogni singolo intervento da realizzarsi sul territorio del comune.

Questo non significa che solo la parte pubblica possa assumere le vesti di "imprenditore", ma parimenti potrebbero essere i privati che avanzino proposte di costituire una S.T.U.; proposte che gli enti promotori poi potrebbero accogliere o meno.

"E ciò anche attraverso gli strumenti di partecipazione attiva previsti negli statuti comunali, che trovano oggi l'ulteriore supporto dell'ultimo comma del riformulato art 118 della Costituzione, e che alimentano l'obbligo di favorire l'iniziativa dei cittadini "per lo svolgimento di attività di interesse generale", tra cui le società in questione attraverso le quali assicurare la realizzazione di scelte pianificatorie ovvero indirizzarle, in un'ottica ormai sempre più recessiva delle cd. zonizzazioni, verso un'adeguata convivenza dell'integrazione pubblico – privata per il miglior uso del territorio"¹¹³.

¹¹² TAR Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280, in *Foro amm. – TAR* 2004, 12, 3638 ss., con note di LEONE, *Società di trasformazione urbana e procedure espropriative*.

¹¹³ DIEGO DE CAROLIS, in nota alla sentenza del TAR Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280, in *Urbanistica e appalti*, 5/2005, p. 599

Unitamente ai soggetti promotori, la S.T.U. vede la possibilità di includere, all'interno della compagine sociale, oltre a soggetti privati, anche altri enti pubblici.

Senz'altro legittimati in tal senso saranno le Province e le Regioni, della cui partecipazione il Comune non dovrà dar conto, essendo la stessa espressamente prevista dal dettato normativo¹¹⁴ ed in una certa misura resa fisiologica dall'attribuzione, in capo a tali enti, di significative competenze in materia urbanistica.

Diverso discorso, invece, è a farsi con riferimento alla possibilità di includere nella compagine sociale delle S.T.U. enti diversi da quelli sopra menzionati e rispetto ai quali il legislatore nulla dice.

Si potrebbe, infatti, sostenere, per un verso, che la espressa limitazione, accanto agli enti promotori, delle sole Province e Regioni, quale componente pubblica delle S.T.U., indurrebbe ad escludere, con argomento a contrario, analoga facoltà da parte di altri soggetti pubblici.¹¹⁵

Tuttavia una interpretazione sistematica della norma, che non si fermi al solo dato letterale, condurrebbe ad una diversa conclusione.

Si è già osservato, infatti, che la norma in discorso si trova inserita all'interno di un *corpus* normativo dedicato alla disciplina dei servizi pubblici locali, sicchè – come è stato osservato – pur non potendosi inferire da tale collocazione alcun automatico inquadramento delle

¹¹⁴ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., p. 590.

¹¹⁵ BRUCOLI, *Le società di trasformazione urbana come previste nella legge n. 127/1997* (art 17, comma 59), in *Riv. amm. della Repubblica it.*, 1998, 3-4, p.240

S.T.U. nell'ambito dei servizi pubblici, nondimeno se ne potrà estendere in via analogica la disciplina.

Tale assunto porta, allora, a ritenere ammissibile la partecipazione al vincolo societario anche di enti pubblici diversi da quelli indicati dall'art 120 T.U.E.L.¹¹⁶, come pacificamente ritenuto con riferimento alle società di gestione dei servizi pubblici, ferma l'opportunità per l'ente procedente di dare adeguata motivazione delle ragioni che ne giustifichino la partecipazione.

Fin qui la partecipazione di soggetti pubblici. Si è visto, tuttavia, come ragioni sia di carattere normativo che di opportunità suggeriscano la partecipazione anche dei privati alla compagine societaria.

Tale possibilità, d'altronde, è espressamente prevista dalla stessa norma che in tali casi si limita ad imporre l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio.

E' da chiedersi, allora, se una siffatta apertura possa riguardare i soli proprietari delle aree su cui insistono gli interventi da realizzare o possa invece estendersi anche a soggetti terzi.

Milita in favore della seconda soluzione, come già in precedenza osservato, la considerazione per cui tale strumento è stato introdotto dal legislatore proprio allo scopo di ovviare alle difficoltà di realizzazione concreta degli interventi in tutte quelle ipotesi in cui una eccessiva frammentazione della proprietà delle aree o, al contrario, la sussistenza di situazioni monopolistiche, impediscano il ricorso agli strumenti dell'urbanistica consensuale.

¹¹⁶ BERGONZINI, *Società di "trasformazione urbana"*, cit., 128

Se ne inferisce, allora, l'apertura delle S.T.U. anche a soggetti terzi, oltre ai privati proprietari delle aree, purchè scelti attraverso il ricorso a procedure di evidenza pubblica.

Quanto, in particolare, a quest'ultimo punto, il silenzio della norma induce l'interprete ad interrogarsi in ordine alla tipologia di procedura più idonea alla scelta del partner privato, avuto riguardo all'esigenza di selezionare soggetti idonei in relazione allo specifico campo di intervento della S.T.U., analogamente a quanto previsto in via generale dal legislatore con riferimento alle società miste di gestione dei servizi locali, in cui la gara deve essere funzionale alla scelta di un socio cd. "operativo" che dia, cioè, garanzie di adeguatezza professionale.

Proprio il riferimento alla disciplina delle società miste di servizi, in assenza di una puntuale disciplina sul punto, induce a ritenere estensibili in via analogica la disciplina di queste ultime, con specifico riguardo alle modalità di selezione del partner privato.

Il riferimento è alla procedura dell'appalto concorso che ben si attaglia alle specificità proprie delle S.T.U., atteso che tale procedura vede il momento dell'offerta correlato ad una definizione progettuale dell'opera da realizzare (nel caso di specie la trasformazione urbanistica delle aree interessate), ed appare maggiormente in sintonia con le finalità della norma che, appunto, mira alla individuazione dei soggetti privati anche in rapporto alle capacità degli stessi di contribuire sul piano creativo alla definizione anche progettuale dell'attuazione di un determinato assetto territoriale.¹¹⁷

¹¹⁷ F. GAMBARDELLA, *Le società di trasformazione urbana*, cit., p. 294 e ss.

Tale soluzione interpretativa ha poi trovato un avallo decisivo nella circolare dell'11.12.2002 n. 662 del Ministero dei Lavori Pubblici, che è intervenuta per colmare, sotto più profili, la laconicità della normativa in parola.

La circolare chiarisce, in primo luogo, l'appartenenza delle S.T.U. alla tipologia societaria introdotta dalla legge n. 498/1992, sottolineando che "le S.T.U. non si distinguono in maniera sostanziale dalle altre società per azioni costituite dagli enti locali, se non per la particolarità dell'oggetto sociale e delle conseguenti modalità operative", dal che deriva la possibilità di estendere in via analogica alle S.T.U. la disciplina dettata per l'azionariato locale, "trattandosi, anche nel caso delle S.T.U., di società aventi per oggetto lo svolgimento di attività di rilevante interesse pubblico".

Svolta questa premessa, la circolare passa poi ad analizzare la specifica questione relativa alle modalità selettive dei soci privati, prefigurando un sistema aperto ed elastico nel quale gli enti promotori possono, di volta in volta ed in relazione alle specificità del caso concreto, modulare liberamente la modalità selettiva prescelta per meglio adeguarla alle necessità del caso concreto.

La scelta del socio, infatti, deve rispondere a requisiti di professionalità ed esperienza nel settore di riferimento, oltre a possedere i necessari requisiti finanziari, onde poter apportare il suo contributo alla fattibilità economica del progetto.¹¹⁸

¹¹⁸ La circolare 662/2000 prende in considerazione anche i requisiti e le qualità che devono avere i soggetti privati coinvolti, sottolineando che deve trattarsi di soggetti con "conoscenza ed esperienza comprovata nei settori di maggior rilevanza per l'attività della S.T.U. (progettazione, realizza-

Sul punto la circolare fa riferimento ad una “licitazione privata con procedura ristretta”, al fine di dar vita ad “un modello operativo costituito *ad hoc* e privo di condizionamenti burocratici, amministrativi e gestionali non essenziali allo scopo da conseguire.”

Vi è da chiedersi se analoga procedura sia necessaria anche per consentire la partecipazione dei privati proprietari delle aree interessate dagli interventi da attuare.

Si è visto, infatti, come la partecipazione di questi ultimi, sebbene non indefettibile, si presenti quanto mai opportuna, almeno sul piano pratico, se non altro al fine di limitare il conflitto potenziale dell’intera operazione, inducendo la partecipazione alla stessa dei soggetti più direttamente interessati all’intervento, e snellire le procedure di acquisizione dei terreni, eventualmente anche attraverso la eventuale cessione volontaria degli stessi.

I palesati motivi di opportunità, indurrebbero allora a ritenere la sussistenza, al di là della astratta previsione normativa, di una corsia preferenziale per l’ingresso di tali soggetti nella compagine sociale, anche in considerazione del fatto che in tale ultima ipotesi “non vi è alcuna concorrenza da tutelare, nessun mercato da proteggere, nessuna esigenza di *par condicio* da soddisfare. Le aree dell’intervento sono per legge indicate dalla delibera comunale e, conseguentemente, i proprietari sono nella stessa implicitamente o esplicitamente nominati. Costituiscono pertanto un numero chiuso, fuori del quale non vi è alcuna

zione, gestione e commercializzazione)” e, sul piano del contributo finanziario, “oltre ad apportare risorse finanziarie, possono fornire servizi per la fattibilità finanziaria e la gestione del programma da attuare”

posizione di interesse giuridicamente rilevante. La gara non è dunque necessaria, né è forse legittimamente esperibile, poiché finirebbe necessariamente per individuare quel numero chiuso, quei proprietari che sono noti fin dall'inizio del procedimento.”¹¹⁹

Del resto l'osservanza dell'obbligo della gara pubblica anche per l'inclusione nella società dei proprietari delle aree porrebbe problemi di non poco momento, visti i criteri di scelta del socio, laddove gli stessi non posseggano quei particolari requisiti tecnico professionali richiesti.¹²⁰

La già citata circolare ministeriale sembra aver raccolto tali perplessità laddove prevede, accanto alla forma dell'appalto concorso per la scelta del socio privato della S.T.U., la possibilità, in taluni casi particolari ed in via del tutto eccezionale, che i privati proprietari degli immobili da trasformare, la cui partecipazione appaia “utile e necessaria”, possano essere inclusi nella compagine societaria della S.T.U. per effetto di una trattativa privata.¹²¹

E' evidente che una siffatta soluzione comporterebbe vantaggi non trascurabili per la società, anche da un punto di vista prettamente economico – finanziario, sol che si pensi alla possibilità che la stessa acquisti le aree di interesse direttamente dai privati proprietari che, in quanto soci, ben potrebbero conferirle nel patrimonio sociale ai sensi

¹¹⁹ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., 593

¹²⁰ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., 592

¹²¹ BREGANZE, *Le società di trasformazione urbana dopo il “collegato infrastrutture”*, Relazione al convegno su “*Le società pubbliche*”, Venezia (Mestre), 18 ottobre 2002, in *Riv. amm. della Repubblica it.*, 2002, 12, 1264

dell'art 2342 e ss. c.c.¹²² Riconoscendo, infatti, ai privati proprietari la possibilità di sottoscrivere la propria quota di partecipazione per mezzo del conferimento in società dei propri immobili, “si renderebbe assai meno gravosa l’opera”¹²³

La giurisprudenza, tuttavia, sembra orientata in senso contrario all’ammissibilità di una deroga all’obbligo della gara pubblica previsto in via generalizzata dall’art 120 T.U.E.L.

In particolare nelle, invero non numerose, pronunce intervenute sul punto, i giudici amministrativi hanno ritenuto incompatibile con il dettato normativo, la previsione del ricorso alla trattativa privata per l’inclusione dei proprietari delle aree all’interno della compagine sociale della S.T.U.

Partendo, infatti, dalla considerazione del generalizzato obbligo di soggezione alle regole dell’evidenza pubblica per la scelta del socio privato, la giurisprudenza amministrativa ha qualificato come *contra legem* la circolare ministeriale del 2000, in quanto comportante una deroga a tale regime generale. Deroga, peraltro, inammissibile stante il rigido operare del principio di gerarchia delle fonti e la considerazione per cui la circolare non ha “alcun valore normativo né *lato sensu* precettivo”.¹²⁴

¹²² In tal senso GALLO, *Società di trasformazione urbana*, cit., 736

¹²³ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., 592-593

¹²⁴ TAR Umbria 17 dicembre 2003, n. 987. La sentenza sottolinea la contrarietà della previsione contenuta nella circolare rispetto alla disciplina generale della legge sulla contabilità dello Stato del 1923-1924 (ritenuta, peraltro, meno stringente della normativa di cui all’art 120 del TUEL), secondo la quale “la legittimità del ricorso alla trattativa privata presuppone un giudizio, motivato circostanziatamente, di oggettiva impossibilità – inutilità della gara, anziché un giudizio discrezionale di maggiore – minore opportunità”

La giurisprudenza, sul punto, sembra voler ribadire la inderogabilità del principio dell'evidenza pubblica, siccome volto al rispetto della concorrenzialità fra gli operatori del mercato, anche nelle vicende costitutive della S.T.U., caratterizzate da un "doppio livello decisionale: il primo relativo alla scelta del modello societario ed il secondo, invece, alla scelta del partner privato."¹²⁵

Entrambe le fasi decisionali devono svolgersi nel rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità che presidiano l'attività amministrativa, l'ente locale dovendo dar conto adeguatamente sia della motivazioni sottese alla scelta di dar vita alla S.T.U., sia della successiva apertura della stessa alla partecipazione di soci privati.

Allo stesso modo, nella fase di scelta del contraente privato, verrà in gioco l'esigenza del rispetto del principio di imparzialità della pubblica amministrazione, soddisfatto proprio attraverso la previsione dell'obbligo di espletamento della gara pubblica.

Tuttavia non può non osservarsi come, se per un verso, la gara pubblica garantisce il rispetto della concorrenzialità e l'indifferenza dell'ente nei confronti del mercato¹²⁶, per altro verso, l'inderogabilità di tale principio anche nei confronti dei privati proprietari delle aree, non può che destare perplessità alla luce della già evidenziata opportunità di

¹²⁵ RUSCIGNO, *Le procedure di scelta del partner privato nelle società di trasformazione*, cit., 127

¹²⁶ Come è stato giustamente osservato, "la pubblica amministrazione che si avvicina al mondo del mercato deve assolvere, anzitutto, a un dovere di imparzialità che è segno di fondamentale estraneità agli interessi dei concorrenti alle gare. La scelta del contraente da parte dell'amministrazione deve testimoniare l'insensibilità di questa al mercato, rappresentabile, peraltro, in termini di tutela indiretta della concorrenza. Insomma, l'amministrazione celebra il suo distacco dal mercato e dalla concorrenza nel momento in cui si fa protettrice involontaria ed occasionale, ma necessaria di questa concorrenza e delle sue regole"; BERTI, *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche ed imprese*, Bologna, 1994, p.13

garantire un effettivo coinvolgimento di questi ultimi, in funzione del concreto successo del modello delle S.T.U.

3. Il concetto di trasformazione urbana ed i rapporti con gli strumenti di pianificazione urbanistica.

Si è visto in precedenza come le S.T.U. si inseriscano nell'ambito della complessa funzione amministrativa di conformazione del territorio, gestendo la fase attuativa delle scelte fondamentali già compiute dall'ente con l'approvazione dei piani urbanistici.

Resta, dunque, da interrogarsi sulla concreta portata di tale intervento e sui rapporti dello stesso con gli strumenti di pianificazione urbanistica vigenti.

Il primo dato che emerge al riguardo dalla formulazione letterale della norma, discende dall'utilizzazione, in due differenti accezioni, del termine "trasformazione": nel primo caso esso si accompagna all'aggettivazione "urbana" per indicare l'oggetto sociale della costituenda società; nel secondo caso il termine viene richiamato, unitamente all'acquisizione degli immobili ed alla loro commercializzazione, per indicare l'attività concreta in cui si sostanzia la funzione della S.T.U.

E' evidente come, in tale ultimo caso, il riferimento al concetto di trasformazione non possa che intendersi in un'accezione meramente ma-

teriale, per indicare la concreta opera edificatoria posta in essere dalla società¹²⁷.

Diversamente, nel primo caso, lo stesso si riferisce a qualcosa di diverso e di più ampio, “non riducibile alla materiale attività di trasformazione di aree e zone, che, anzi, è secondo alcuni parte accessoria ma non necessaria della prima.”¹²⁸

In realtà questa complessa attività di trasformazione svela il suo significato proprio laddove venga messa in relazione all’aggettivo “urbana”, indicando per tale strada un aspetto di quella funzione conformativa del territorio in cui consiste il *proprium* della funzione urbanistica.

Conformazione del territorio che, come osservato in precedenza, ha riguardo non solo alla gestione dell’espansione urbanistica, ma al più generale “rapporto tra il territorio e l’uomo con la sua vita e le sue attività”¹²⁹, proponendo soluzioni volte alla riqualificazione e riconversione di aree di territorio, semmai interessate da fenomeni di abbandono o di degrado, in modo da favorirne una rinascita anche socio ambientale ed economica, creando nuovi sviluppi occupazionali ed occasioni di sviluppo socio- relazionale per gli individui che in tali realtà vivono ed operano.

Se tale è la funzione delle S.T.U., rimane fuor di dubbio che l’oggetto sociale delle stesse non possa ridursi alla mera realizzazione di un’opera pubblica o di pubblico interesse, non potendo di per sé sola

¹²⁷ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., p. 521

¹²⁸ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., p. 521

¹²⁹ URBANI, CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico*, Torino, 1984, p.62

tale attività realizzare quella riqualificazione del territorio in cui consiste propriamente l'attività di conformativa demandata alla S.T.U.

Che tale intervento, poi, possa avere ad oggetto aree ancora da edificare ovvero zone di territorio già oggetto in passato di interventi urbanistici, da riconvertire e da riqualificare, appare fuor di dubbio, potendo entrambi tali aspetti rientrare nella nozione di conformazione del territorio. Sebbene sembri maggiormente attagliarsi alla sopra evidenziata nozione di conformazione del territorio, la seconda delle indicate attività¹³⁰.

In ogni caso, quel che rileva è che tale risultato rappresenta l'esito di un'attività complessa e composita, non riconducibile a singoli aspetti, ma articolata in diversi passaggi fondamentali, individuati dallo stesso legislatore nella norma in oggetto.

Il richiamo ai tre passaggi della acquisizione dei siti, della loro trasformazione e della commercializzazione del risultato finale, infatti, serve a dar corpo alla complessa attività di conformazione del territorio, sì da ritenere che la società, per poter realizzare il proprio oggetto sociale, debba diventare padrona dell'intero "ciclo operativo"¹³¹, che va dall'acquisizione delle aree, alla loro materiale trasformazione, sino alla gestione del risultato. Fase quest'ultima che può contemplare non solo la commercializzazione delle opere, ma anche la gestione eventuale dei servizi collegati.

¹³⁰ Significativamente la legge 166/2002 ha modificato l'art 120 del T.U.E.L. laddove l'espressione "aree" è stata sostituita con quella di "immobili". Il che consente di superare ogni margine di dubbio sulla utilizzabilità dello strumento delle S.T.U. non soltanto per l'urbanizzazione di aree a prato verde, ma anche per la riorganizzazione del patrimonio edilizio esistente.

¹³¹ BREGANZE, *Le società di trasformazione urbana: prime note*, in *Riv. giur. urb.*, 1997, p. 50

E' allora evidente come non possa configurarsi una società di trasformazione urbana laddove l'attività si sostanzia in uno solo dei suddetti passaggi, ossia nella sola attività di gestione del servizio o di esecuzione delle opere.

Tali attività senz'altro potranno costituire aspetti dell'operato complessivo della S.T.U. – in tal caso assoggettata alle relative regole di disciplina-, ma giammai potranno assorbire l'intera attività della stessa.

Diversamente, in tali casi, ci si troverà di fronte ad una società costituita occasionalmente per la realizzazione di un'opera pubblica o per la gestione di un pubblico servizio, ma non certo di fronte ad una S.T.U., giacchè tali attività non sono idonee a dar luogo a quella complessiva ridefinizione dell'assetto del territorio, in cui consiste il *proprium* dell'attività sociale.

Il meccanismo, come in precedenza evidenziato, ricalca quello già collaudato dei programmi integrati o complessi, caratterizzati da una pluralità di funzioni, dalla integrazione tra le diverse tipologie di intervento, dal ruolo assai incisivo attribuito ai soggetti privati proponenti e, soprattutto, dalla attitudine a realizzare – per espressa previsione normativa – varianti speciali alle previsioni urbanistiche¹³².

¹³² Con sent. del 19 ottobre 1992, n. 393 (in *Le Regioni*, 1993, 919 ss., con nota di commento di D. DE PRETIS, *Piani integrati e buon andamento dell'Amministrazione*) la Corte costituzionale ha statuito l'incostituzionalità delle norme, di maggiore rilevanza, contenute nella l. n. 179 del 1992 per violazione della competenza legislativa delle Regioni in materia urbanistica. I programmi integrati di intervento trovano oggi la loro disciplina nella legislazione regionale che ricalca, sostanzialmente, i principi contenuti nelle disposizioni normative statali (art. 16, commi 3-7) oggetto di censura costituzionale.

Dagli strumenti della c.d. "pianificazione integrata" le società disciplinate dall'art. 120 del T.U.E.L. si differenzerebbero, tuttavia, come già osservato in precedenza, proprio per l'inidoneità della progettazione esecutiva alle stesse affidata dall'Ente locale di prescindere dalle disposizioni contenute nel P.R.G. Il comma 1 dell'art. 120 prevede, infatti, che la progettazione e la realizzazione degli interventi debba interessare aree preventivamente individuate dall'Amministrazione, in attuazione della regolamentazione urbanistica vigente.

La norma sembra, dunque, definire esattamente il rapporto tra attività societaria e pianificazione territoriale, escludendo ogni forma di incidenza sulle valutazioni comunali – di natura squisitamente urbanistica e, *a fortiori*, su quelle, eventuali, a rilevanza ambientale – cristallizzate nel P.R.G. e nella pianificazione di dettaglio ed insuscettibili di essere derogate, se non attraverso gli ordinari procedimenti di variante ai piani.

Ne deriva, pertanto, che la costituzione delle S.T.U. richiede – come requisito di legittimità del prodromico procedimento amministrativo che ne sta a monte, ma anche quale condizione di liceità del relativo oggetto sociale – una previa valutazione di conformità degli interventi previsti ai vigenti strumenti urbanistici.

Senonché, pur a fronte di siffatte previsioni normative preordinate, come si è detto, a circoscrivere l'ambito dell'attività societaria all'attuazione delle scelte comunali già effettuate in sede di pianificazione territoriale, non è mancato chi, in dottrina, ha proposto una diversa interpretazione volta a ricondurre, almeno in parte, tali strumenti

nell'ambito dell'amministrazione consensuale. Ciò in ragione dell'evidenziato fallimento dei modelli autoritativi tradizionali anche nel settore dell'urbanistica, con la conseguente sempre maggiore rilevanza che va assumendo il consenso dei soggetti privati e, in particolare, delle imprese in tale ambito.

Le soluzioni proposte, pur partendo da premesse di base assai diverse fra loro, giungono ad un identico approdo tendente, comunque, a riconoscere nella sostanza alle società di trasformazione urbana un ruolo "attivo" nell'esercizio della funzione di conformazione del territorio.

Una parte della dottrina è arrivata ad auspicare una maggiore flessibilità della pianificazione urbanistica, prospettando la possibilità che i progetti elaborati dalla società di trasformazione possano operare in variante automatica rispetto alle prescrizioni di piano, similmente a quanto avviene per gli strumenti di pianificazione integrata, derogando ai vincoli di destinazione o di *standard* esistenti¹³³.

Nella medesima prospettiva si pone anche altra parte della dottrina, che pur nel rispetto del principio della soggezione della società alle prescrizioni del piano regolatore generale, cui le proposte formulate dalla S.T.U. non potrebbero in alcun caso derogare, nega che la progettazione dell'intervento si traduca nell'esecuzione mera di indirizzi già prefissati dall'Amministrazione. Tanto sulla scorta di una nozione di attuazione che tenga conto dei molteplici risvolti, anche di carattere estremamente complesso, che la funzione di conformazione del territorio rivela proprio nella sua fase attuativa, dovendo sovente fare i

¹³³ In tal senso P. MANTINI, *Le società di trasformazione urbana. Profili giuridici e organizzativi*, in *Riv. trim. appalti*, 1998, 528.

conti con la scarsità delle risorse finanziarie e con i problemi di carattere tecnico legati alla concreta fattibilità degli interventi.

In tale ottica, la co-determinazione degli ambiti territoriali interessati dal nuovo assetto edilizio rivestirebbe un ruolo imprescindibile per incentivare la partecipazione degli operatori economici alla compagine societaria¹³⁴.

La società potrebbe, così, spingersi sino a "suggerire all'ente locale criteri generali e obiettivi"¹³⁵, nonché quelle varianti agli strumenti urbanistici preordinate a garantire l'attuazione dei programmi da realizzare.

V'è, inoltre, chi sottolinea che l'estrema genericità dell'espressione, rinvenibile nel comma 1 dell'art. 120 del T.U.E.L., "in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti" non precluderebbe affatto alle società l'esercizio della facoltà di proporre uno strumento di pianificazione attuativa, così integrando o, comunque, incidendo sulle prescrizioni contenute nel piano regolatore generale¹³⁶.

Sulla medesima linea interpretativa, invero, sembrerebbe porsi la più volte menzionata circolare n. 662 dell'11 dicembre 2000, la quale mette in risalto come l'utilizzo del termine "in attuazione" invece "in

¹³⁴ Così P. URBANI, *Trasformazione urbana e società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 623

¹³⁵ C. VITALE, *Società di trasformazione urbana e riqualificazione urbana nell'urbanistica per progetti*, cit., 610. Così anche M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, cit., 531 ss. Si tratta di una interpretazione fatta propria anche dal Ministero delle infrastrutture che, nella circolare n. 662 dell'11 dicembre 2000, distingue tra interventi "in conformità" alle previsioni dello strumento urbanistico generale ed interventi "in attuazione" delle stesse, ritenendo ammissibile che le società di trasformazione urbana possano "integrare" le previsioni dei piani regolatori generali ed attuativi.

¹³⁶ G. PAGLIARI, *Le società di trasformazione urbana*, cit., 95 ss. Siffatta impostazione è condivisa da C. VITALE, *Società di trasformazione urbana e riqualificazione urbana nell'urbanistica per progetti*, cit.

conformità” allo strumento urbanistico “trova motivazione nella volontà del legislatore di sottolineare che con gli interventi della società si devono conseguire gli obiettivi generali fissati del piano”.

Sicchè, in sede attuativa, potranno essere apportate varianti allo strumento urbanistico generale, sulla base dei procedimenti previsti dalle singole legislazioni regionali, purchè limitate ad una diversa allocazione delle previsioni di dettaglio.

La possibilità di aggirare il vincolo della pianificazione territoriale vigente troverebbe, in ogni caso, conferma negli strumenti della programmazione negoziata, riconoscendosi, nella prassi applicativa, alle società di trasformazione urbana la capacità di partecipare ad accordi di programma¹³⁷. Varianti speciali o automatiche alle previsioni dei piani urbanistici e talora anche quelle deroghe alle disposizioni in materia ambientale potrebbero, dunque, costituire specifico oggetto di concertazione tra la società e le P.A. interessate.

In realtà, se già si voglia affrontare il regime giuridico e la natura delle società di trasformazione urbana partendo dall'esame della norma – che costituisce ovviamente il punto di avvio di ogni indagine giuridica – una prima conferma della limitata capacità di tali società miste di derogare alle previsioni urbanistiche generali può rivenirsi, con immediatezza, nella disposizione che individua nell'attuazione degli strumenti di pianificazione urbanistica vigenti il rapporto fra società e pianificazione territoriale; rapporto cui l'art. 120 del d. lgs. 18 agosto

¹³⁷ Così dispongono, ad esempio, gli statuti delle società "Risorse per Roma s.p.a.", "ASNM s.p.a.", "Ponente Sviluppo", "Immobiliare Venezia". Sul punto si veda l'analisi di S. STANGHELLINI, *Le società di trasformazione urbana, strumento evolutivo per la gestione di progetti complessi*, in *Riv.trim. appalti*, 1998, 285 ss.

2000, n. 267 condiziona, come si è già anticipato, gli ambiti applicativi della realizzazione degli interventi oggetto di recupero e di riqualificazione del territorio comunale.

La giurisprudenza intervenuta sul punto sembra confermare tale premessa restrittiva, spinta principalmente dal timore che l'interesse pubblico sotteso all'adozione di una variante allo strumento urbanistico generale non sia esposto al rischio di improprie negoziazioni o condizionamenti per effetto del recepimento di proposte elaborate dalle società, alle quali potrebbe tutt'al più esser affidata l'esecuzione delle prescrizioni urbanistiche di dettaglio¹³⁸.

Alla base di una impostazione siffatta l'osservazione per cui, in ogni caso, la delibera costitutiva della società di trasformazione urbana, in nessun modo assume valore di piano esecutivo, ma costituisce piuttosto uno strumento riqualificazione del tessuto edilizio e di recupero urbano che comunque presuppone, a monte, l'esistenza di uno strumento urbanistico generale o attuativo vigente, già predisposto dall'Amministrazione comunale, della cui sola attuazione – dunque – la S.T.U. sarebbe investita.

Da ciò discendono due conseguenze rilevanti. In primo luogo, presupposto indispensabile per l'eventuale ricorso alla società mista, da costituirsi secondo il modello di cui all'art. 120 del T.U.E.L., è la verifica

¹³⁸ T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 16 giugno 2005, n. 402, in *Rivista giuridica edilizia*, 2006, 195 ss. (con nota di commento di M.C. D'ARIENZO, *La società di trasformazione urbana: uno strumento ordinario di governo del territorio fondato sulla stabile collaborazione tra P.A. ed imprenditori privati*); T.A.R. Marche, 11 giugno 1998, n. 698, in *Riv. giur. urb.*, 1998, 226 ss. (con nota di commento di G. GARZIA, *Pianificazione urbanistica comunale e società di trasformazione urbana*); T.A.R. Lazio, sez. II, 20 maggio 1998, n. 962, in I T.A.R., 1998, I, 2299 ss., che affermano il vincolo della attuazione degli strumenti urbanistici vigenti per la progettazione e la realizzazione degli interventi di trasformazione urbana.

della conformità degli interventi a farsi con la pianificazione comunale esistente, sì da evitare che l'attività di progettazione rimessa alla società possa estendersi alla scelta delle aree da destinarsi all'attività di trasformazione¹³⁹, esulando dalla mera attuazione degli interventi, almeno quante volte le scelte compiute dalla società vadano in conflitto con le valutazioni già effettuate dall'Ente locale in sede di adozione del P.R.G.

In secondo luogo, laddove l'intervento di trasformazione urbana, specificato nello strumento attuativo, si ponga in contrasto con le previsioni di piano, non potendo la società di per sé sola operare in deroga a quest'ultimo, occorrerà che l'ente competente adotti le specifiche varianti che si rendano necessarie in relazione all'intervento concreto, approvando le stesse secondo l'ordinaria procedura, da ritenersi l'unica ammissibile in assenza di previsioni derogatorie espresse.

Peraltro, proprio il carattere meramente esecutivo e strumentale dell'attività che la società di trasformazione urbana è chiamata a svolgere, comporta la necessità che, laddove l'adozione di una specifica variante abbia ad oggetto una "riclassificazione" della porzione di territorio comunale interessata dalla trasformazione ovvero una diversa destinazione della stessa, quest'ultima dovrà, comunque, precedere la costituzione della società incaricata di acquisire le aree e di realizzare l'intervento di riqualificazione¹⁴⁰.

¹³⁹ Così A.M. BALESTRERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati fra discrezionalità amministrativa e autonomia privata. Spunti per un inquadramento giuridico*, in AA.VV., *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, cit., 147

¹⁴⁰ Come evidenzia S. VASTA, *Le società di trasformazione urbana come servizio pubblico*, in *Riv.giur.urb.*, 2002, 543 ss.

L'ancoraggio al vincolo della pianificazione comunale – e alle regole e ai valori ad essa sottesi – dell'intervento di trasformazione e/o riqualificazione di una parte del territorio comunale da realizzarsi attraverso la costituzione di una società mista risulta confermata, altresì, da quella previsione che dispone la preventiva perimetrazione delle aree oggetto della trasformazione urbana da parte del Comune.

Invero la norma di cui al citato art. 120, al comma 3 prescrive che le aree interessate dall'intervento siano individuate con deliberazione del Consiglio Comunale: con ciò dimostrandosi l'intenzione del legislatore di affidare all'Ente locale – titolare della funzione pubblica di pianificazione del territorio – il compito di circoscrivere, *ex ante* e con esattezza, l'ambito territoriale d'intervento e di consentire solo successivamente la costituzione della società per la trasformazione¹⁴¹.

D'altra parte un percorso diverso sarebbe difficilmente ipotizzabile almeno per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, in considerazione della valenza di pubblica utilità delle aree ricomprese all'interno del perimetro, ricollegabile alla deliberazione comunale di perimetrazione¹⁴². Inoltre, se non fossero precisate, nel dettaglio e previamente, le aree o gli immobili oggetto di recupero o di riqualificazione, i potenziali soci privati non potrebbero adeguatamente valutare convenienza

¹⁴¹ Di diverso avviso L. DELUCIA, *Le società di trasformazione urbana nell'ordinamento italiano (il comma 59 dell'art. 17 della l.15 maggio 1997 n. 127)*, cit., 89. Ritiene legittima la costituzione di una società di trasformazione urbana omnibus, operante su tutto il territorio comunale ed in difetto della previa individuazione delle aree oggetto dell'intervento, T.A.R. Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280 (in *Urb. appalti*, 2005, 594 ss., con nota di commento di D. DECAROLIS), pur essendo costretto a negare che – in assenza di un preventivo piano o di un progetto di opera pubblica approvato – la deliberazione di costituzione di una S.T.U. ad oggetto così esteso possa spiegare effetti di dichiarazione di pubblica utilità.

¹⁴² G. BERGONZINI, *Le società di trasformazione urbana*, in *Riv.giur.urb.*, 1997, 125 ss.

e rischi della decisione di aderire alla società, ignorando l'entità degli oneri tecnici e finanziari connessi ad una scelta siffatta¹⁴³.

Tuttavia quest'ultima soluzione interpretativa, seppure appaia - sulla scorta delle motivazioni espresse - la più conforme a principi di ragionevolezza, non sembra univocamente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa e dalla dottrina, che paiono ammettere anche una individuazione delle aree di intervento successiva alla costituzione della S.T.U.

La giurisprudenza¹⁴⁴, infatti, pacificamente ammette – come si è visto - la possibilità della costituzione di S.T.U. cd. “*omnibus*” con riferimento non soltanto ai soggetti che vi partecipino, ma anche alla delimitazione degli interventi da porre in essere.

Vale a dire, cioè, che sarebbe ben possibile la costituzione di una S.T.U. volta ad attuare una pluralità di interventi, involgenti anche diverse aree di comuni limitrofi, non necessariamente predeterminati al momento di costituzione della società, ma da individuarsi di volta in volta ad opera del comune o dei comuni promotori.

“Diversamente opinando, infatti, si perverrebbe ad esiti interpretativi illogici, poiché sarebbe contrario ai citati principi (economicità ed efficacia dell'azione amministrativa) se si dovesse esperire, ogni volta, il complesso e gravoso procedimento di costituzione di una S.T.U. *ad*

¹⁴³ Nel senso che l'individuazione delle aree risulterebbe propedeutica alla procedura di evidenza pubblica per la scelta dei soci privati, onde consentire agli stessi l'esatta consapevolezza della portata dell'intervento di trasformazione, T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 30 luglio 2004, n. 2338, in www.pausania.it.

¹⁴⁴ TAR Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280, in *Urbanistica e appalti*, 5/2005, p. 594 e ss., con nota di DIEGO DE CAROLIS

hoc per ogni singolo intervento che un comune intendesse realizzare avvalendosi di tale strumento”¹⁴⁵

Certamente questo non abilita a ritenere superflua la specifica individuazione degli immobili interessati dall'intervento.

Anzi una individuazione puntuale delle singole aree interessate dagli interventi appare quanto mai doverosa, ai sensi del comma 3 dell'art 120 T.U.E.L., quante volte in sede di costituzione e di progettazione non sia stato già possibile individuare con esattezza gli immobili.

In buona sostanza la norma sembra rimettere alle valutazioni dell'ente locale promotore la scelta tra due diversi moduli operativi concreti, nel senso che quest'ultimo potrà scegliere in piena autonomia ed in relazione alle circostanze del caso concreto, se individuare previamente gli immobili su cui realizzare gli interventi programmati ovvero provvedervi in un secondo momento.

Tuttavia l'opzione non è senza conseguenze sol che si rifletta sulla circostanza che “l'individuazione degli immobili equivale a dichiarazione di pubblica utilità, anche per gli immobili non interessati da opere pubbliche”

Occorre necessariamente, allora, che il relativo procedimento si accordi con quelli di pianificazione ed espropriativo.

Evidentemente nel caso in cui gli immobili vengano acquisiti consensualmente, da intendersi anche attraverso la conclusione di comuni negozi di compravendita con i privati proprietari delle aree (possibilità – come vedremo – tutt'altro che esclusa dalla norma in discorso che

¹⁴⁵ TAR Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280, cit.

sembra configurare una perfetta indifferenza fra la procedura ablatoria e l'acquisizione dei terreni a mezzo di negozi di diritto comune, non potendosi interpretare il riferimento alla acquisizione consensuale come correlato alla cessione bonaria dei beni nell'ambito della procedura espropriativa), sarà necessario verificare soltanto la conformità degli interventi agli strumenti urbanistici vigenti.

Viceversa, nel caso in cui si presenti come indispensabile acquisire in via coattiva le aree mediante il ricorso alla procedura di esproprio, occorrerà necessariamente la intermediazione di uno strumento urbanistico generale vigente o la redazione e presentazione di un piano particolareggiato, secondo le procedure previste dalle singole leggi regionali, affinché le S.T.U. possano acquisire coattivamente le aree del loro intervento, e così proseguire legittimamente gli scopi per cui sono costituite.

Infatti sarebbe illegittimo un provvedimento di acquisizione delle aree, in mancanza della elaborazione di un progetto organico di trasformazione urbana, che presuppone appunto un progetto unitario ed organico che deve trovare una sua collocazione nello strumento di pianificazione generale o in quello esecutivo.¹⁴⁶

Sebbene la dizione letterale dell'art 120 T.U.E.L. attribuisca alla individuazione delle aree di intervento il valore di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, la norma non può essere intesa nel senso letterale che ciò sia sufficiente ad avviare il procedimento espropriativo, in assenza di un piano o di un progetto approvato, al quale riferire tale

¹⁴⁶ Così TAR Marche, 11 giugno 1999, n. 689 in *Riv. Giur. Urb.*, 2000, p.225 con nota di GARZIA, *Pianificazione urbanistica comunale e società di trasformazione urbana*, ivi, p. 229

dichiarazione, dovendosi diversamente opinando, ritenere la incostituzionalità di una siffatta previsione.¹⁴⁷

L'approvazione dello strumento urbanistico o di un progetto di opera pubblica rappresenta, secondo questa impostazione, il presupposto per l'imposizione del vincolo preordinato all'esproprio, a cui la dichiarazione di pubblica utilità deve riferirsi. La dichiarazione di pubblica utilità scaturente dalla (ed intrinseca alla) delibera di delimitazione dell'area e di individuazione degli immobili non può valere anche "come apposizione ex se di un vincolo preordinato all'esproprio"¹⁴⁸

Ed è questo lo snodo fondamentale in cui appare necessario un coordinamento fra i due procedimenti.

Infatti, laddove le aree oggetto di intervento, così come individuate dalla delibera consiliare, non siano state sottoposte al vincolo espropriativo da uno degli strumenti indicati nell'art 12 del T.U. espropriazioni e sia necessario addivenire all'acquisizione coattiva delle aree stesse, la dichiarazione di pubblica utilità degli immobili "anche per gli immobili non interessati da opere pubbliche" diventerà efficace solo al momento dell'apposizione del vincolo. (art 12, comma 3)

Ecco allora che, se dovrà avviarsi il procedimento espropriativo, nel caso in cui manchi, occorrerà un'apposita delibera consiliare di apposizione del vincolo, seguendo le procedure previste dall'art 9, comma

¹⁴⁷ TAR Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280, cit.

¹⁴⁸ TAR Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280, cit.

5, ovvero 10, comma 1, o , ancora, quelle dell'art 19 del T.U. delle espropriazioni¹⁴⁹

Peraltro, in quest'ultimo caso, non si vedono ostacoli acchè la delibera consiliare provveda, in un unico atto, contestualmente, sia all'individuazione delle aree oggetto di intervento che all'apposizione del vincolo.

Né si vede perché l'intervento urbanistico attuato dalla S.T.U. non possa avvenire in variante del P.R.G.¹⁵⁰, occorrendo in quest'ultimo caso semplicemente che tale variante divenga vigente secondo le procedure previste dalla legislazione nazionale e regionale in materia di varianti urbanistiche.

4. L'acquisizione delle aree, loro trasformazione e commercializzazione.

Si è visto come il primo passo per la realizzazione degli interventi di trasformazione urbana, sia l'acquisizione da parte della società degli immobili interessati dall'intervento, come individuati dalla delibera consiliare.

Al riguardo il secondo comma dell'art 120 T.U.E.L., nella sua ultima parte, dispone che “le acquisizione possono avvenire consensualmente o tramite ricorso alle procedure di esproprio da parte del comune”

¹⁴⁹ Sul punto R. DE NICTOLIS, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 2263 e ss.

¹⁵⁰ In tal senso MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2003, p. 399, che ritiene che la società “serve solo a dare attuazione ai piani vigenti”

La norma sembra porre un principio di alternatività fra il ricorso alla procedura espropriativa e l'acquisizione consensuale delle aree e, tuttavia, non è mancato chi in dottrina ed in giurisprudenza, ha ritenuto che il riferimento all'acquisizione consensuale delle aree fosse da riferirsi esclusivamente alla procedura di cessione volontaria delle stesse, non potendosi prescindere dalla procedura espropriativa, cui l'ente sarebbe obbligato a fare ricorso per l'acquisizione degli immobili.

Alla base di una siffatta interpretazione, l'osservazione per cui, sancendo l'art 120 che "l'individuazione degli immobili equivale a dichiarazione di pubblica utilità, anche per gli immobili non interessati da opere pubbliche", una volta individuate le aree, la strada per l'acquisto consensuale diventerebbe perciò solo impraticabile, rappresentando la dichiarazione di pubblica utilità il primo atto della procedura di esproprio.

Tale ricostruzione, del resto, sembrerebbe confermata anche dalla più volte citata circolare del 2000, nella quale si menziona quale unica alternativa al decreto di esproprio, la cessione bonaria dei beni.

Va rimarcato tuttavia, come già osservato in precedenza, che la circolare non può assumere valore determinante in tal senso, atteso che la stessa non può assumere alcun carattere precettivo, né tantomeno di interpretazione autentica del dato normativo, dovendosi piuttosto ritenere che il legislatore abbia voluto prefigurare una sorta di alternatività fra procedura espropriativa ed acquisizione consensuale.

Non avrebbe, infatti, senso far riferimento alla cessione bonaria dei beni come alternativa alla procedura di esproprio laddove si ponga

mente alla circostanza che la prima, in realtà, non si pone come alternativa alla procedura espropriativa, inserendosi piuttosto all'interno della stessa come fase eventuale, alternativa all'emanazione del decreto di esproprio.

Non si tratta, pertanto, di una fattispecie assimilabile alla vendita consensuale del bene, tanto vero che nel primo caso il prezzo di vendita non viene liberamente stabilito fra le parti a seguito di contrattazione fra le stesse, ma viene determinato autoritativamente secondo le previsioni di legge.

Ne deriva che il riferimento all'acquisizione consensuale non può che indicare l'acquisto con negozio di diritto comune delle aree interessate, non ostando ad una siffatta conclusione interpretativa neppure la previa dichiarazione di pubblica utilità insita nella delibera di individuazione delle aree, giacchè “il fatto che la dichiarazione di pubblica utilità sia un elemento essenziale del procedimento espropriativo, non significa di per sé, anche sul piano logico, che ad essa debba sempre ed inevitabilmente seguire l'espropriazione.¹⁵¹”

Da ciò consegue una sostanziale indifferenza fra procedura espropriativa e cessione consensuale dei beni, sebbene sul piano della mera opportunità non si possa non rilevare come l'acquisto consensuale delle aree sia la soluzione preferibile sia in termini di stabilità – evitandosi gli eventuali strascichi contenziosi e le contestazioni nascenti dalle procedure di esproprio – sia in termini di celerità delle procedure di acquisizione.

¹⁵¹ BERGONZINI, *Le società di trasformazione urbana tra acquisizione “consensuale” degli immobili e “ricorso alle procedure di esproprio”*, cit., p. 278

Certo il procedimento espropriativo si renderà nuovamente necessario quante volte il singolo proprietario si rifiuti di addivenire alla cessione volontaria del bene, ma in tale ottica l'espropriazione si configurerà “alla stregua di un potere residuale, da utilizzare esclusivamente come *extrema ratio*”¹⁵²

D'altra parte dal punto di vista fattuale, già la dichiarazione di pubblica utilità connessa alla delibera comunale di individuazione delle aree, con la prospettiva di un eventuale futuro esproprio, costituirà un indubbio incentivo per i privati alla cessione volontaria, al fine di evitare la mortificazione delle proprie legittime aspirazioni economiche.

Nell'ipotesi in cui, quindi, si opti – come ritenuto preferibile – per la soluzione consensuale, resta da stabilire quali debbano essere le parti del contratto, ovvero se la S.T.U. debba considerarsi parte contrattuale necessaria.

Nessun dubbio sussiste, infatti, in ordine alla legittimazione dell'ente locale laddove si addivenga alla procedura di esproprio, essendo proprio e solo l'ente titolare del relativo potere.

Viceversa, nel caso di acquisto consensuale, sembrerebbe opportuna la partecipazione al negozio anche della S.T.U., in quanto beneficiaria finale dell'acquisto.

Va, infatti, ricordato che le società di trasformazione urbana possono essere partecipate anche da privati i quali godrebbero di un ingiustificato beneficio economico, ove l'ente provveda con propri mezzi

¹⁵² BERGONZINI, *Le società di trasformazione urbana tra acquisizione “consensuale” degli immobili e “ricorso alle procedure di esproprio”*, cit., p. 287

all'acquisto degli immobili per poi conferirli alla S.T.U., la quale si troverebbe ad avere la disponibilità degli immobili senza aver partecipato al loro acquisto.

Diversamente si potrebbe ipotizzare che l'ente, dopo aver acquistato gli immobili, provveda poi a trasferirli ulteriormente, a titolo oneroso, alla società. È evidente la macchinosità di una simile procedura: “molto più semplice è far partecipare direttamente al contratto la società”¹⁵³

Laddove, invece, le aree già appartengano all'ente promotore, è il dato normativo a soccorrere, disponendo che “gli immobili di proprietà degli enti locali interessati dall'intervento possono essere conferiti alla società anche a titolo di concessione”. In tal caso “il comune non conferisce alla società i propri beni, che entrano a far parte del patrimonio immobiliare della società, determinando la relativa partecipazione azionaria, ma attribuisce alla società il diritto d'uso e di superficie su quei beni, attraverso lo strumento giuridico della concessione”¹⁵⁴

“Va da sé che, nell'ipotesi in esame, da un lato la convenzione prevista dall'art 120 del T.U.E.L. viene ad assolvere anche ai compiti nor-

¹⁵³ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., p. 555 e ss., laddove si sottolinea che se “le società rappresentano uno strumento utile alla trasformazione urbana anche in ragione della loro capacità finanziaria, è logico ritenere che questa utilità si manifesti in primo luogo nella capacità di far fronte direttamente agli acquisti con il capitale apportato dai partecipanti. Conforto viene dall'esperienza, la quale ha mostrato non solo come quasi sempre l'acquisto avvenga per via negoziale, ma anche che il ruolo di acquirente è sempre svolto dalla società di trasformazione”

¹⁵⁴ GALLO, *Società di trasformazione urbana*, cit., 742, secondo il quale “è ragionevole sostenere che la concessione del solo diritto di superficie in favore della S.T.U. riguardi gli immobili sui quali insistono già opere pubbliche o di pubblica utilità oppure le aree nelle quali sono state localizzate opere pubbliche. In tal modo, gli immobili conferiti a titolo di concessione non perdono la propria destinazione, ma anzi al venir meno della concessione (per esaurimento delle attività di trasformazione da parte della S.T.U.) gli immobili realizzati passano al patrimonio dell'amministrazione titolare della nuda proprietà. Ciò posto, la S.T.U. potrà commercializzare gli immobili ricevuti a titolo di concessione dalle amministrazioni locali, disponendo del solo diritto di superficie, non potendo ovviamente attribuire e dedurre in contratto la proprietà degli immobili”

malmente propri della convenzione accessiva alla concessione del bene pubblico; mentre dall'altro lato la S.T.U. può contare su tutti gli strumenti di tutela riconosciuti al concessionario tanto nei confronti dell'ente concedente quanto nei confronti dei terzi"¹⁵⁵.

Una volta acquisiti gli immobili, la S.T.U. entra nella fase propriamente operativa nella quale si dà sostanza al concetto di trasformazione urbana, attraverso la progettazione e la realizzazione delle opere.

Il primo passaggio è, dunque, la fase di progettazione che rappresenta anche il momento di maggior impegno tecnico ed economico, e che dovrà avvenire, come già ampiamente illustrato, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti.

Successivamente, fermi gli ulteriori adempimenti di competenza dell'ente locale, quali il recepimento del progetto in un apposito piano attuativo, oppure la predisposizione di varianti al P.R.G. suggerite dalla società, la S.T.U. passerà alla successiva fase di concreta realizzazione degli interventi programmati.

Per quanto concerne questa fase, che vedrà lo scaglionamento nel tempo delle opere secondo un programma che costituirà oggetto dell'apposita convenzione fra ente e società, cui fa riferimento l'art 120, la S.T.U. potrà provvedere direttamente all'esecuzione materiale delle opere, dotandosi di un proprio apparato strumentale o, come più frequentemente avverrà, avvalendosi di società esterne cui affidare i singoli lavori, mediante la conclusione di specifici contratti di appalto.

¹⁵⁵ ADOLFO MARIO BALESTRERI, *Considerazioni in tema di società di trasformazione urbana*, in *Rivista giuridica de urbanistica*, parte II, 2006, p. 520

Si potranno così profilare, nella pratica, due diverse tipologie di società: la S.T.U. – impresa edile, allorchè la società sia dotata di un adeguato apparato strumentale che le consenta di costruire in autonomia gli interventi programmati, in quanto uno o più *partners* privati sono costruttori, e la S.T.U. – progettista, allorquando l'attività propria della società si esaurisca nella sola fase della progettazione e nella ricerca di soci finanziatori, demandandosi poi a professionisti esterni la fase della concreta realizzazione.

In tale ultima eventualità, laddove la S.T.U. faccia ricorso a società esterne cui affidare, mediante la conclusione di specifici contratti di appalto, le singole lavorazioni concrete, la disciplina da applicare sarà quella del codice degli appalti (d.lgs. 163/2006), con l'obbligo – dunque – dell'esperimento della procedura di evidenza pubblica, quante volte la partecipazione pubblica maggioritaria (rintracciabile, realisticamente, nella quasi totalità dei casi) consenta l'inquadramento della società nella categoria degli organismi di diritto pubblico.

Esauritasi per tale via anche la fase di concreta attuazione degli interventi, la S.T.U. entrerà nell'ultimo segmento della propria attività, consistente nella commercializzazione del risultato realizzato, che ne può determinare la permanenza in vita anche per un consistente lasso di tempo.

Infatti vale la pena evidenziare che il termine commercializzazione, utilizzato dal legislatore, assume un significato diverso e più ampio rispetto a quello di alienazione.

Né può ritenersi casuale l'utilizzo del termine commercializzazione, indicando quest'ultimo, appunto, un'attività più complessa rispetto alla mera cessione degli immobili. E' lecito allora pensare che se il legislatore avesse voluto far riferimento alla sola cessione a terzi delle opere realizzate, avrebbe più verosimilmente fatto ricorso a terminologie meno equivoche, quali "cessione, trasferimento, vendita"¹⁵⁶

Non deve tralasciarsi, poi, la circostanza che il successo del modello della S.T.U. rimane in gran parte legato proprio all'esito di tale fase, poiché è proprio in questo momento che emergono le opportunità di remunerazione economica dell'intera operazione da parte dei soci privati, ciò che – in ultima analisi – rappresenta l'incentivo fondamentale per l'attrazione dei capitali e degli investimenti privati.

La commercializzazione, infatti, indica un concetto in grado senz'altro di racchiudere in sé la prospettiva di alienazione degli immobili, ma che non si esaurisce in essa, potendosi estendere a tutte le forme di sfruttamento economico degli immobili trasformati.

Si potranno così contemplare "attività di gestione, affidamento della gestione dietro riconoscimento di un corrispettivo, di locazione e di affitto, fino alla possibilità di ricorrere alle recenti forme di finanza creativa mediante la cd. cartolarizzazione del patrimonio immobiliare della società (*o spin off*)"¹⁵⁷

In dipendenza delle diverse soluzioni adottate in tale fase, si potrà poi concretamente verificare, come già accennato, la sopravvivenza della S.T.U. anche per un periodo considerevole di tempo, pur dopo la con-

¹⁵⁶ DUGATO, *Oggetto e regime*, cit., p. 574

¹⁵⁷ GALLO, *Società di trasformazione urbana*, cit., 744

clusione della realizzazione delle opere, in funzione – appunto – della gestione ed utilizzazione delle stesse.

Basti pensare alla possibilità, ove il risultato dell'attività trasformativa abbia creato strutture per la gestione di servizi, che proprio la S.T.U. sia chiamata a gestire tali servizi, semmai nel rispetto delle specifiche condizioni contemplate nella più volte citata convenzione stipulata con l'ente¹⁵⁸, ai sensi dell'art 120 T.U.E.L., ovvero, ancora, alla possibile gestione dei beni, ove gli stessi siano stati dati in concessione alla società da parte dell'ente proprietario.

In tali casi e limitatamente a detti aspetti, la convenzione assumerà il vero e proprio valore di un contratto di servizio o di un contratto accessivo alla concessione di beni pubblici, ben potendo anche tali aspetti rappresentare una forma di commercializzazione del risultato dell'attività di trasformazione dei siti.¹⁵⁹

Viceversa, ove nulla sia stato previsto dalla convenzione, la S.T.U. sembra non incontrare vincoli di sorta, trattandosi di attività prettamente privatistica.

5. La convenzione tra la società e gli enti promotori.

Ai sensi del comma 4 dell'art 120 T.U.E.L. “i rapporti tra gli enti locali azionisti e la società di trasformazione urbana sono disciplinati da una convenzione contenente, a pena di nullità, gli obblighi ed i diritti delle parti”

¹⁵⁸ URBANI, *Trasformazione urbana e società di trasformazione urbana*, cit., p. 634

¹⁵⁹ GALLO, *Società di trasformazione urbana*, cit., 744

Si tratta di un aspetto fondamentale solo che si rifletta che la S.T.U. è uno strumento dell'ente locale nella fase di attuazione di una funzione pubblica, quale quella urbanistica, di cui l'ente locale rimane titolare, sicchè appare opportuno, una volta costituita la società, consentire all'ente stesso di mantenere con essa "un collegamento giuridico tale da garantire la conformità dell'azione di essa alle finalità dell'ente pubblico"¹⁶⁰

Per quanto concerne, poi, i contenuti della convenzione, ancora una volta l'interprete è costretto a fare i conti con la lacunosità del dato normativo che nulla dice al riguardo lasciando, sostanzialmente, alla libera contrattazione fra le parti la individuazione di tali contenuti.

Si potrà allora immaginare che in tale convenzione le parti potranno stabilire le condizioni di eventuali incarichi esterni nelle fasi di progettazione e/o realizzazione degli interventi, oppure eventuali condizioni di vendita dei siti o collocazione degli immobili sul mercato o, ancora, le eventuali condizioni di gestione dei servizi pubblici risultanti dall'attività di trasformazione realizzata.¹⁶¹

Se tale può essere l'eventuale contenuto di tale convenzione, è evidente allora come non sia condivisibile la tesi di quanti ritengono che la stessa debba essere adottata dalle parti ancor prima della scelta del socio privato, "allo scopo di individuare il soggetto maggiormente affidabile, tra quelli che sono disposti a pattuire la costituzione della so-

¹⁶⁰ BERGONZINI, *Le società di "trasformazione urbana"*, cit., p. 147

¹⁶¹ GALLO, *Società di trasformazione urbana*, cit., p. 742

cietà secondo le regole indicate nella convenzione ipotizzata dalle amministrazioni locali”¹⁶²

Più rispondente ai principi di ragionevolezza e buon andamento, viceversa, deve ritenersi la stipulazione postuma della convenzione, dovendo la PA selezionare il socio privato sulla scorta della sua idoneità tecnico finanziaria e non certo sulla scorta della condiscendenza mostrata dallo stesso rispetto ai desideri dell’amministrazione.

Per altro verso, tuttavia, va anche considerato che i criteri di scelta del socio privato, da attuarsi nel rigoroso rispetto delle norme in tema di evidenza pubblica, secondo lo schema del cd. “socio operativo”, evidenziano la necessità per quest’ultimo di poter contare su un equilibrio economico – finanziario certo, sulla base di prospettive assimilabili, *mutatis mutandis*, a quelle assicurate al concessionario di lavori pubblici (in precedenza sulla base dell’art 19 della l. 109/1994 ed ora ai sensi dell’art 143 del nuovo Codice dei contratti pubblici, compendiato nel d.lgs 163/2006)

Come nel caso della concessione dei lavori pubblici, invero, i presupposti e le condizioni che determinano l’equilibrio economico-finanziario degli investimenti dovrebbero essere puntualmente richiamati nella convenzione di base, la quale deve disciplinare i rapporti fra gli enti locali azionisti e la S.T.U. e che, a “pena di nullità”, deve contenere “gli obblighi e i diritti delle parti”.

In tale prospettiva è evidente che tali obblighi, anche per il dovuto rispetto degli schemi dell’evidenza pubblica, devono necessariamente

¹⁶² BERGONZINI, *Le società di “trasformazione urbana”*, cit., p. 147

essere resi manifesti già in sede di compilazione della *lex concursualis*, propedeutica alla scelta dei *partner* dell'ente locale.

Il composito contenuto della convenzione, come visto aperto ai contenuti più vari, induce a negarne la ricostruzione come contratto di servizio, pure sostenuta da una parte della dottrina.¹⁶³

Alla base di tale tesi, l'inquadramento delle STU nell'ambito delle società di gestione dei servizi pubblici: come avviene per queste ultime, anche per le S.T.U. la convenzione assumerebbe “la funzione specifica di garantire tariffe e standard di servizi e regolare i rapporti fra ente locale e società, al fine di assicurare la continuità del servizio, le sanzioni di inadempimento ecc.”¹⁶⁴

Va di contro, in questa sede, richiamato quanto già osservato in precedenza in ordine alla non riconducibilità delle S.T.U. nel novero delle società di gestione dei servizi pubblici, stante la irriducibilità della complessa funzione di conformazione del territorio alla gestione di un servizio pubblico; attività che ne intercetta un possibile profilo senza, tuttavia, alcuna pretesa di esaustività.

Ma almeno altre due ragioni militano in senso contrario.

Come già osservato, infatti, nel contratto di servizio emerge come centrale il profilo economico, in funzione di tutela delle esigenze di tutela dell'utenza finale, sì da consentirne l'inquadramento come contratto a favore di terzo, in quanto il contratto “ancorchè stipulato fra

¹⁶³ DE LUCIA, *Le società di trasformazione urbana nell'ordinamento italiano*, cit., p.91

¹⁶⁴ DE LUCIA, *Le società di trasformazione urbana nell'ordinamento italiano*, cit., p.91

l'ente locale titolare del servizio ed il gestore, è finalizzato a rendere prestazioni di servizio pubblico direttamente all'utenza"¹⁶⁵

Tale schema non è però trasponibile automaticamente nei confronti delle S.T.U. per le quali, per un verso, non è a priori individuabile una utenza in senso tecnico (atteso che questa, semmai, può venire in rilievo solo in un secondo momento, quando una volta completate le opere, può emergere il profilo di gestione del servizio), e per altro verso non sono previsti contenuti di base inderogabili della convenzione con l'ente, diversamente da quanto avviene per il contratto di servizio che deve almeno prevedere, quale contenuto inderogabile "la fissazione di livelli dei servizi da garantire e la previsione di adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti"¹⁶⁶

6. I rischi di conflitto di interesse e l'attività di direzione e coordinamento.

Si è già parlato della necessità che il socio imprenditore della S.T.U. possa contare su un equilibrio economico – finanziario certo, sulla scorta della puntuale predeterminazione, nella convenzione stipulata ai sensi del comma 4 dell'art 120 del testo unico degli enti locali, dei presupposti e delle condizioni che assicurino tale equilibrio.

E' certo, comunque, che la partecipazione del soggetto privato al capitale sociale della S.T.U. esclude categoricamente la possibilità di attu-

¹⁶⁵ LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2004, p. 121

¹⁶⁶ LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 119

are una “decolorazione dello scopo sociale”¹⁶⁷, attraverso una indiscriminata libertà nel perseguire finalità extraeconomiche contrastanti con la funzione societaria tipica di natura lucrativa, espressa dall’art 2247 c.c., al di là degli obblighi assunti con l’ente pubblico in sede convenzionale.

Va, infatti, rimarcata la natura *self liquidating* del progetto finanziato, che nel campo della gestione del territorio assume caratteri affatto peculiari, in ragione della natura composita e complessa degli interventi in cui consiste la riqualificazione urbana.

In particolare, verrà in rilievo l’esigenza di garantire, per un verso, la fattibilità degli interventi da un punto di vista tecnico – urbanistico e sociale, e, per altro verso, l’equilibrio economico- finanziario della S.T.U., attraverso un giusto bilanciamento fra le opere a reddito, in grado di garantire la remuneratività dell’investimento del capitale privato (di natura residenziale, terziario – direzionale, turistico – ricettiva, commerciale etc.), e le opere dovute alla mano pubblica, in quanto prive del requisito della profittabilità.

In questo contesto assume rilevanza l’emersione di un possibile conflitto di interessi all’interno della S.T.U., a carico degli amministratori di nomina o designazione pubblica, anche alla luce del testo dell’art 2391 c.c. Quest’ultima norma, come noto, trova applicazione con riferimento ad ogni ipotesi in cui l’amministratore mantenga, in una data operazione, un interesse estraneo alla società, anche se non necessariamente con la stessa confliggente.

¹⁶⁷ CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, Torino, 1992, pp. 3 e ss.

In tal ultimo caso, l'obbligo di comunicazione e motivazione del Consiglio di amministrazione sussiste anche ove l'operazione consenta comunque il soddisfacimento di un interesse societario, unitamente a quello di cui sia portatore il singolo amministratore in conflitto.

Una situazione di tal fatta può sicuramente ricorrere ogni qualvolta l'amministratore sia stato direttamente nominato dall'ente pubblico mediante apposito provvedimento amministrativo, ai sensi degli artt 2449 e 2450 c.c., nuova formulazione (che hanno sostituito i vecchi artt 2458, 2459 e 2460 c.c. della cui compatibilità con la libertà di iniziativa economica privata ex art 41 Cost e con le norme comunitarie in tema di proprietà e di libera circolazione dei capitali, si era più volte dubitato), ma più frequentemente è destinata a verificarsi nell'ipotesi in cui la nomina dell'amministratore, pur essendo formalmente imputabile ad una volontà dell'organo assembleare, sia pur sempre espressione di una designazione in tal senso operata dall'azionista pubblico, in conformità alle regole di governance della società previste nell'atto costitutivo, nello statuto o in appositi patti parasociali conclusi fra l'ente azionista pubblico e socio privato.

Ebbene, nel caso di amministratore che rappresenti, direttamente o indirettamente, l'azionista pubblico, sembra difficile negare la ricorrenza dei presupposti della fattispecie di cui all'art 2391 c.c., con la possibilità – naturalmente – anche di dar seguito alle correlative azioni giudiziarie ai sensi del comma 3 della predetta norma, in tutti i casi in cui l'oggetto della deliberazione dell'organo amministrativo societario concerna i rapporti tra la società stessa e l'ente pubblico, conseguenti

alla convenzione stipulata, o comunque vada ad interferire con le linee politico – strategiche elaborate dai competenti organi dell'ente.¹⁶⁸

L'interferenza dell'ente pubblico con la vita societaria, tuttavia, potrebbe nel caso pratico non limitarsi alla sussistenza di possibili situazioni di conflitto di interesse degli organi amministrativi di nomina pubblica con la società stessa, ma estrinsecarsi anche nell'assunzione di un'attività di direzione e coordinamento dell'ente pubblico nei confronti della S.T.U., ai sensi dell'art 2497 c.c., tenuto conto che le disposizioni contenute nell'articolo predetto – in quanto ricomprese nel Capo IX – si applicano anche ad enti privi di natura societaria (quali gli enti locali), sulla base del disposto di cui all'art 2497- septies c.c.

Ne deriva l'astratta possibilità che si configuri una nuova posizione di conflitto di interessi riferibile però non tanto e non solo all'amministratore di nomina pubblica, quanto – piuttosto – direttamente all'ente pubblico, con la conseguente attribuzione in favore del socio privato eventualmente danneggiato di un'azione diretta nei confronti dello stesso ente pubblico, nei limiti previsti dall'art 2947 c.c.

In tali casi, infatti, la dottrina e la giurisprudenza riconoscono il diritto al risarcimento non solo del deprezzamento del valore della singola quota del socio, ma anche del danno direttamente arrecato all'integrità del patrimonio della società stessa.

Tanto basta per ritenere che l'eventuale perseguimento dell'interesse pubblico, quand'anche recepito all'interno dell'ordinamento societario attraverso specifiche regole dell'atto costitutivo o dello statuto, non

¹⁶⁸ ADOLFO MARIO BALESTRERI, *Considerazioni in tema di società di trasformazione urbana*, in *Rivista giuridica de urbanistica*, parte II, 2006, p. 523

possa mai arrivare fino al punto di sacrificare il rispetto del criterio dell'economicità, dovendosi garantire almeno il pareggio di gestione al fine di non imporre al privato, in buona sostanza, un ingiustificato sacrificio delle proprie aspirazioni economiche, pur sempre cristallizzate in una convenzione stipulata a monte fra l'ente e la società.

E' ovvio, infatti, che in questi casi, almeno nei confronti del socio, non potrà essere invocata l'esimente del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ai sensi del comma 1 dell'art 2497 c.c., per imporre a quest'ultimo di sopportare una perdita del tutto ingiustificata al di fuori di una logica imprenditoriale di mercato.¹⁶⁹

L'attività di direzione e coordinamento dell'ente pubblico, allora, potrà ritenersi legittima “soltanto se – e nella misura in cui – la contrazione del massimo lucro risponde al rispetto di norme imperatrici di legge (alla stregua del generale principio di legalità), ad una corretta comparazione degli interessi in gioco (formalizzata nell'osservanza della regola del giusto procedimento), e soprattutto garantisce alla società mista (e, conseguentemente, al socio privato) l'equilibrio economico – finanziario, posto alla base della procedura di selezione del partner e nel quale gli enti locali sono chiamati a compendiare tutte le misure improntate al perseguimento dell'interesse pubblico di cui sono portatori”¹⁷⁰

¹⁶⁹ ADOLFO MARIO BALESTRERI, *Considerazioni in tema di società di trasformazione urbana*, in *Rivista giuridica de urbanistica*, cit., p. 525

¹⁷⁰ ADOLFO MARIO BALESTRERI, *Considerazioni in tema di società di trasformazione urbana*, in *Rivista giuridica de urbanistica*, cit., p. 525

Diversamente opinando, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte dell'ente locale finirebbe per assumere valenza *lato sensu* ablatoria della partecipazione della quota del socio privato, che come tale esula dalla funzionalizzazione a fini sociali dell'iniziativa economica privata ex art 41 Cost, con conseguente obbligo di indennizzo a carico dell'ente pubblico.

CAPITOLO III

IL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

1. Sull'assoggettabilità alla disciplina del fallimento delle società pubbliche.

1.1. La tesi tipologica pubblicistica.

Secondo un orientamento della giurisprudenza di merito, le società in mano pubblica possono qualificarsi come enti pubblici, con la conseguente esenzione dal fallimento, secondo quanto dispone l'art. 1, comma 1, l. fall. per gli enti pubblici, sulla scorta di una valutazione di tipo sostanziale, attenta alla ricorrenza di taluni indici rivelatori della natura pubblicistica delle società, indipendentemente dalla veste giuridica formale assunta dalle stesse¹⁷¹.

¹⁷¹ La prima e "pionieristica" pronuncia è stata quella, ormai nota, di Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, (in *Fallimento*, 2009, con nota di D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*), 713 ss. che ha richiamato alcuni degli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza amministrativa: la nozione di impresa pubblica di derivazione comunitaria, che attribuisce rilevanza alla "influenza dominante dei pubblici poteri" e prescinde dalla natura giuridica, pubblica o privata, dell'ente, nozione valorizzata alla luce di due sentenze della Corte di Giustizia, secondo le quali "il concetto di organismo pubblico comprende anche enti formalmente privati"; l'art 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; la sentenza della Corte Costituzionale n. 466 del 1993, sui presupposti del controllo della Corte dei Conti; la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla irrilevanza della veste formale della società per impedirne la qualificazione come soggetto pubblico. Il Tribunale, al fine di escludere l'assoggettabilità della società al fallimento, ne ha affermato la natura pubblica in virtù del fatto che essa era frutto della trasformazione dei preesistenti consorzi di gestione dei servizi locali, ai sensi dell'art 35 l. 488/01 ed il capitale sociale è a totale titolarità pubblica e le limitazioni all'autonomia funzionale degli organi societari all'esercizio dei diritti dell'azionista; nello stesso senso, successivamente, Trib. Catania, 26 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 73; Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*. Nello stesso senso anche App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, 689 ss., che, in dichiarata adesione alla tesi secondo cui la qualificazione di un soggetto quale pubblico o privato deve avvenire dando prevalenza alla sostanza sulla forma, giunge ad affermare l'assoggettabilità ad amministrazione straordinaria di un soggetto formalmente pubblico, ma sostanzialmente privato. Per un'applicazione di questo metodo, cfr. anche Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 689 ss. e Trib. Rimini, 13 maggio 2013, *ivi*, 2013,

A fronte, infatti, della progressivo smembramento del sistema delle partecipazioni pubbliche, attraverso una fase di privatizzazione prima formale e poi sostanziale (anche se vi è da rilevare che in taluni casi alla fase cd. “fredda” della privatizzazione non è - di fatto - mai seguita la cd. “fase calda”), è emerso il problema della qualificazione giuridica di quelle società che, pur avendo assunto veste giuridica formale di diritto privato, presentassero alcuni caratteri strutturali fortemente sintomatici di una pubblicità sostanziale, come la detenzione della maggioranza del capitale sociale da parte dell’ente o degli enti pubblici, l’influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società,

1276 ss.: in queste pronunce, tuttavia, l’accertamento in concreto dei requisiti per la riqualificazione della società in mano pubblica in ente pubblico ha esito negativo e si è dichiarato il fallimento della società. In questo senso, paiono essere orientati, in dottrina anche M. SANDULLI-L. POTTITO, *Art. 1*, in *La Legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, I, Torino, 2010, 1, secondo cui, nel caso di società in mano pubblica, «evitando generalizzazioni, deve ritenersi che, caso per caso, vada verificata la rilevanza, sotto i numerosi profili, innanzi indicati, della funzione e finalità pubblica dell’attività del soggetto, onde determinare se la fattispecie soggettiva presenti i caratteri di ente privato o di ente pubblico. Va aggiunto che, nel caso si accerti la sostanziale natura pubblica dell’ente, il soggetto non potrà essere sottoposto al fallimento o al concordato preventivo, ma al tempo stesso, mancando una previsione normativa in tal senso, non potrà neppure essere sottoposto ad una procedura liquidatoria amministrativa». In posizione possibilista, vedi A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 40: «Permangono ancora oggi le incertezze sull’esatta individuazione del concetto di ente pubblico e la questione si è estesa anche alle società per azioni (formalmente) private, ma con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, che per giunta svolgano attività di interesse pubblico. L’esonero dal fallimento viene esteso dalla recentissima giurisprudenza anche a questi enti, ma ciò con motivazioni che non si sono ancora consolidate e che richiedono una verifica». Un’apertura alla possibile esenzione da fallimento delle società in mano pubblica sembra espressa anche da M. VENTORUZZO, *L’esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell’impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1050-1051, il quale osserva che «pare, invece, doversi ammettere in via generale – nonostante alcune voci dissonanti nella dottrina pubblicistica - l’assoggettabilità al fallimento delle società le cui partecipazioni siano integralmente o parzialmente in mano ad un ente pubblico. Questa conclusione non risulta incompatibile con una recentissima decisione, giurisprudenziale in materia, almeno in assenza di specifici e particolari indici che consentano di ritenere la sostanziale natura pubblica dell’ente e dell’attività svolta prevalere sulla forma privatistica adottata per l’esercizio del servizio pubblico».

l'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario¹⁷².

In presenza di tali requisiti, allora, la giurisprudenza, seguita da una parte anche della dottrina, ha affermato la possibilità di procedere ad una riqualificazione in senso pubblicistico della società, superando così il dato meramente formale.

Applicando alla materia concorsuale questi principi, i giudici di merito hanno – pertanto - ritenuto che la presenza di taluni indici sintomatici (come ad esempio limitazioni all'autonomia gestionale degli amministratori derivanti dalle specifiche previsioni statutarie, il dato della esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, l'ingerenza della nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato, nonché l'erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento di fini pubblicistici) possano condurre al riconoscimento della natura pubblica in capo al soggetto formalmente privato, con la conseguente non assoggettabilità dello stesso alla normativa fallimentare in applicazione dell'art. 1, comma 1, l. fall.

Tale orientamento, che è stato definito “tipologico” di tipo pubblicistico¹⁷³, sebbene in passato abbia ricevuto l'avallo di numerose pronunce di merito, sembrava ormai ampiamente superato dalla successiva giurisprudenza di legittimità¹⁷⁴, che ha evidenziato il necessario

¹⁷² Cfr., per tutte, Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, cit.

¹⁷³ Si definisce “tipologico” perché si propone di fornire una risposta al quesito cercando di individuare la natura giuridica delle società in mano pubblica: sul punto vedi G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 691.

¹⁷⁴ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209 e Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fallimento*, 2013, p.1273

rispetto della riserva di legge di cui all'art 4 della 70/75, con la conseguente impossibilità di procedere ad una riqualificazione dell'ente sulla scorta della ricorrenza di profili di tipo sostanziale.

Tuttavia una recente pronuncia della Suprema Corte¹⁷⁵, sebbene intervenuta in relazione a diversa problematica, sembra aver conferito nuova linfa vitale a tale orientamento.

In particolare la Cassazione, pronunciandosi in tema di riparto di giurisdizione in relazione all'azione di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali delle società in mano pubblica, ha affrontato *funditus* il tema della natura giuridica di dette società e del loro rapporto con l'ente pubblico di riferimento.

I giudici di legittimità sono partiti dalla considerazione secondo cui “la disciplina speciale dettata per le cosiddette società pubbliche - come anche la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare- non ha tuttora assunto le caratteristiche di un sistema conchiuso ed a sé stante, ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale, sia pure con ampio ambito di applicazione” ed hanno continuato ricordando che non è possibile attribuire alle società in mano pubblica la qualifica di ente pubblico, stante il disposto dell'art. 4 della L. 20 marzo 1975, n. 70, a tenore del quale occorre l'intervento del legislatore per l'istituzione di un ente pubblico.

Questa conclusione, tuttavia, va rimeditata laddove ci si trovi di fronte al fenomeno delle cd. società *in house*, i cui caratteri costitutivi ven-

¹⁷⁵ Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26823, in *Fallimento*, 2014, 33 ss. con commento di L. SALVATO, *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, e in *Società*, 2014, p. 55 ss.

gono analizzati dalla pronuncia in commento: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui pubblici uffici.

Ad avviso delle Sezioni Unite, e qui sta il carattere innovativo (e forse discutibile) della pronuncia, "la società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare invece in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna ... Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva". Di conseguenza, le società *in house* "hanno della società solo la forma esteriore, ma ... costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi".

Il corollario di tale identificazione tra ente pubblico e società *in house* si manifesta anche sul piano patrimoniale, giacché l'insussistenza del filtro di una vera personalità giuridica distinta non consente di configurare una reale autonomia patrimoniale in capo alla società, ma solo una separazione patrimoniale: "se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità".

Come osservato all'inizio di questo lavoro, il dibattito giurisprudenziale in ordine all'esatta portata da attribuire a questa pronuncia gode di ottima salute.

È evidente, infatti, che tale orientamento, ove confermato¹⁷⁶, potrebbe determinare degli inevitabili riflessi anche nella soluzione del problema interpretativo dell'assoggettamento a fallimento delle società in mano pubblica¹⁷⁷.

Se, infatti, le società *in house* non sono soggetti distinti rispetto all'ente pubblico partecipante, configurandosi quale mera articolazione interna di quest'ultimo (secondo un rapporto che la giurisprudenza configura come di delegazione interorganica), non può negarsi che esse abbiano identica natura giuridica rispetto all'ente stesso.

In questa ipotesi, quindi, indipendentemente dalla forma esteriore assunta, alla società *in house* va riconosciuta la natura di ente pubblico, con tutto ciò che ne conseguirebbe in tema di regime giuridico applicabile.

¹⁷⁶ Vedi già, nello stesso senso, Cass., sez. un., 16 dicembre 2013, n. 27993.

¹⁷⁷ E, infatti, vedi già Trib. Napoli, 20 gennaio 2014 (inedita) e Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*, che richiamano proprio l'orientamento delle Sezioni Unite per giustificare l'esenzione da fallimento delle società *in house*; per un'applicazione, ai fini dell'assoggettamento a procedura concordataria, della distinzione tra società "*in house*", riconducibili tra gli enti pubblici, e altre società in mano pubblica, riconducibili tra i soggetti di diritto privato, vedi anche Trib. Nola, 30 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*. Contra, Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*, che (sia pure con riferimento ad una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo) esclude una rilevanza della citata sentenza delle Sezioni Unite ai fini della soggezione delle società in mano pubblica a procedura concorsuale. Questa possibile estensione al campo concorsuale dei principi dettati per le società *in house* in materia di riparto di giurisdizione era stata, peraltro, autorevolmente anticipata dallo stesso estensore della sentenza delle Sezioni Unite: vedi R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Fallimento*, p.1327, il quale rileva che «quando discutiamo del difficile equilibrio tra giurisdizioni ed affrontiamo il problema del riparto di giurisdizione, proposito delle società c.d. pubbliche, non possiamo dimenticare come certe affermazioni, magari anche molto suggestive su questo specifico terreno, hanno molteplici riflessi - per esempio nella materia del diritto concorsuale ed in quella del diritto del lavoro - dei quali è doveroso farsi carico».

Se trattasi di ente pubblico, anzi proprio dello stesso ente pubblico che vi partecipa, non può che escludersi l'assoggettamento delle società *in house* a fallimento, in applicazione di quanto previsto dall'art. 1 l. fall. Anzi, proprio l'ulteriore passaggio della sentenza in esame, laddove evidenzia la insussistenza di una distinta titolarità ma solo una mera separazione patrimoniale fra ente pubblico e società *in house*, corrobora tale assunto: "società *in house* ed ente pubblico sono un unico soggetto giuridico, potendovi essere un solo titolare per ciascun patrimonio e ponendosi un profilo di separazione patrimoniale solo all'interno dell'unico patrimonio dell'unico titolare.

D'altra parte, se il patrimonio della società *in house* è, in realtà, patrimonio dell'ente pubblico, la dichiarazione di fallimento sarebbe *inutiliter data*, atteso il divieto di sottoporre ad esecuzione concorsuale il patrimonio pubblico.

Dall'affermazione della identità tra società *in house* ed ente pubblico all'affermazione della esclusione del fallimento per le prime, il passo è tanto breve quanto naturale¹⁷⁸.

1.2. *L'assenza del carattere commerciale dell'attività.*

Diverso orientamento, seguito da altra giurisprudenza di merito, ha affermato l'esenzione dal fallimento per le società in mano pubblica, fondando sulla natura dell'attività dalle stesse espletata.

Per tale via si è sostenuto che, alla ricorrenza di determinati presupposti, difetterebbe in capo a tali società la stessa natura di imprenditore

¹⁷⁸ D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fallimento*, 5/2014, p. 498

commerciale¹⁷⁹, sicchè l'esclusione dal fallimento deriverebbe non tanto da una operazione di riqualificazione sostanziale di tali società come enti pubblici, quanto – piuttosto – dalla mancanza in capo alle stesse di uno dei presupposti di fallibilità.

Accantonata la possibilità di una riqualificazione in termini pubblicistici della società in mano pubblica, l'attenzione si è, infatti, concentrata sulla natura di “imprenditore commerciale” della stessa e, in particolare, sulla configurabilità di un'attività commerciale, che non sarebbe una conseguenza automatica della costituzione in forma di società per azioni, ma che andrebbe verificata in concreto.

In questa prospettiva, se la società è destinata al soddisfacimento di interessi che non abbiano natura industriale o commerciale e se essa opera in un ambiente non concorrenziale, sarebbe da escludere la natura commerciale dell'attività e, quindi, la qualifica di imprenditore commerciale, con conseguente esclusione dall'assoggettamento al fallimento.

Questa tesi, peraltro, benchè nelle sue conseguenze porti a risultati del tutto analoghi a quelli cui pervengono i sostenitori della tesi tipologica “pubblicistica”, se ne differenzia radicalmente quanto ai presupposti argomentativi. Presupposti che, tuttavia, prestano il fianco a non poche critiche da parte di altra dottrina che ne ha evidenziato la non condivisibilità almeno sotto due profili fondamentali.

¹⁷⁹ Trib. Palermo, 8 gennaio 2013 e Trib. Palermo, 18 giugno 2013, entrambe in www.ilfallimentarista.it. Nello stesso senso anche Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, in www.ilcaso.it.

Pur senza voler entrare nel merito del dibattito in ordine all'acquisto automatico della qualità di imprenditore commerciale per effetto della sola costituzione in forma di società di capitali ¹⁸⁰ (su cui ci soffermeremo nel prosieguo del lavoro), in primo luogo si è evidenziato che il carattere non industriale o commerciale delle esigenze per cui è istituita la società non consente di per sé di affermare che la medesima società svolga attività di carattere non industriale o commerciale ¹⁸¹.

Dall'altro lato, poi, nemmeno l'eventuale svolgimento di un'attività in condizioni non concorrenziali comporta necessariamente che l'attività sia priva dei caratteri di commercialità, secondo i canoni dettati dagli artt. 2082 e 2915 c.c. ¹⁸²

1.3. Il metodo funzionale.

Approccio completamente diverso al problema dell'assoggettabilità a fallimento delle società in mano pubblica ¹⁸³, viene proposto da quanti sostengono la necessità di un'analisi che non si soffermi sul mero dato

¹⁸⁰ Sul punto vedi, anche per completi richiami di dottrina e giurisprudenza, F. FIMMANO', *La società in mano pubblica*, cit., p.1308, ove una decisa riaffermazione della tesi tradizionale secondo cui le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore individuale.

¹⁸¹ Così, efficacemente, P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica e fallimento*, cit., 2 (ove ulteriori riferimenti): «una cosa sono i bisogni per soddisfare i quali un ente è istituito, altra e diversa sono le attività esercitate in concreto dall'ente stesso, sicché la qualificazione in un certo modo del fine perseguito da un'attività non si traduce automaticamente nella qualificazione nel medesimo modo dell'attività svolta per perseguire tale fine».

¹⁸² Cfr. P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica e fallimento*, cit., p. 2; F. FIMMANO', *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*, cit., p.1308.

¹⁸³ Vedi G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, p. 717 ss.; Id., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit., p. 691 ss.

strutturale della società ma che abbia riguardo al profilo funzionale della stessa.

In quest'ottica un metodo funzionale, che abbandonata ogni velleità di riqualificazione sostanziale della società in mano pubblica, si incentri sulla individuazione della concreta disciplina giuridica applicabile all'ente (privatistica o pubblicistica), sulla base di una valutazione di compatibilità – caso per caso - della disciplina di diritto comune dettata per le società di diritto privato con le specifiche normative di settore dettate dal legislatore, appare molto più soddisfacente ed in grado di portare a risultati meglio confacenti alla tutela degli interessi in gioco nei casi concreti.

Seguendo questo diverso approccio, il problema non è più quello di qualificare la società in mano pubblica come ente privato o ente pubblico, quanto quello di stabilire se, nella specifica materia di riferimento, debba trovare applicazione la disciplina privatistica o la disciplina pubblicistica. La medesima società a partecipazione pubblica, quindi, potrebbe essere contemporaneamente assoggettata alla disciplina pubblicistica per quanto riguarda taluni profili della propria attività di impresa ed alla disciplina privatistica per altri¹⁸⁴.

Venendo, per quel che più importa ai fini della presente indagine, al problema dell'assoggettabilità delle predette società al fallimento, tale teoria discrimina sulla scorta del carattere necessario o meno del servizio gestito dalla società al momento della istruttoria prefallimentare:

¹⁸⁴ Cfr. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica – Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici ed aziende statali*, Torino, 1997, 102 ss.; S. CASSESE, *Tendenze e problemi di diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 909.

nel primo caso, infatti, sarebbe proprio il carattere necessario del servizio a rendere incompatibile la procedura concorsuale con l'esigenza di continuità del servizio stesso.

Laddove, infatti, le società in mano pubblica presentino il carattere della "necessità", nel senso che la loro esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale in ragione dello svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi, si profila un'oggettiva incompatibilità tra l'eventuale loro assoggettamento a procedura fallimentare e la tutela degli interessi pubblici¹⁸⁵.

L'effetto immediato del fallimento è lo spossessamento del debitore e la cessazione dell'attività di impresa (art. 42 l.fall.). Ma questa cessazione dell'attività di impresa, cui sarebbe soggetta la società in mano pubblica che svolge un pubblico servizio, verrebbe a cozzare – nel caso di specie - con il carattere necessario del servizio ed , in definitiva, con il sottostante interesse pubblico alla esecuzione continuativa e regolare dello stesso.

¹⁸⁵ In dottrina vedi G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 179 ss.; Id., *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 822 ss.; M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, ivi, 2004, p.561 ss.; G. D'ATTORRE, *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. SANDULLI, Milano, 2007, p. 110 ss.; Id., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, p. 715 ss.; Id., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, ivi, 2010, p. 691; Id., *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANO', Milano, 2011, p. 329 ss.; Id., *Società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 877 ss. In giurisprudenza, per l'applicazione del metodo funzionale, App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, p.689 ss. Nello stesso senso, anche se in forma dubitativa, Trib. Catania, 26 marzo 2010, cit. e Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, cit., che fanno espresso utilizzo del metodo funzionale al fine di confermare la soluzione già raggiunta mediante il metodo tipologico circa l'esenzione dal fallimento di una società in mano pubblica.

Né è a dire che tale effetto “distorsivo” potrebbe essere evitato facendo uso dei poteri che la legge conferisce agli organi della procedura e, segnatamente, attraverso la possibilità di disporre l’esercizio provvisorio dell’impresa (art. 104 l.fall.), dal momento che questo istituto è volto alla tutela esclusiva dell’interesse dei creditori e non già degli interessi pubblici¹⁸⁶.

Di poi, va osservato che, quand’anche si volesse ritenere la possibilità, da parte degli organi della procedura, di disporre l’eventuale prosecuzione dell’attività di impresa mediante lo strumento dell’esercizio provvisorio, di cui all’art 104 l.fall., o attraverso l’affidamento a terzi, con lo strumento dell’affitto di azienda (ex art 104 bis l. fall.), della gestione del pubblico servizio, si determinerebbe in ogni caso la traslazione in capo all’autorità giudiziaria di scelte per legge riservate alla mano pubblica.

¹⁸⁶ Vedi, tuttavia, la diversa interpretazione dell’art. 104 bis l.fall. fornita da Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, cit., secondo cui «nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in presenza del quale autorizzare l’esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell’interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall’impresa fallita». In questo senso si è espressa anche una certa giurisprudenza di merito (Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, est. Fucito, in *ilcaso.it*, 2013). Questa giurisprudenza ha ben evidenziato come infondata sia l’obiezione che l’esercizio provvisorio di cui all’art 104 l. fall. In questo caso non sarebbe svolto nell’interesse della massa, ma degli amministratori e risponderebbe a logiche e presupposti diversi. L’obiezione cade in due errori: confonde sul piano sistematico i piani effettuali della dichiarazione di fallimento con i presupposti; utilizza un istituto eventuale, posto nell’interesse della massa, l’esercizio provvisorio, per affermare che la dichiarazione di fallimento escluderebbe la salvaguardia dell’interesse pubblico. Infatti, aggiungi ungo i giudici del collegio nocerino, la sospensione di un servizio pubblico è fatto senz’altro rilevante sul piano pubblicistico, ma rileva e deve trovare la sua soluzione migliore nelle sedi preposte, ossia l’ente politico di riferimento, ma non può divenire fattore ostativo alla declaratoria di fallimento di un soggetto privato imprenditore e decotto, il quale ha male gestito soldi, tra l’altro pubblici, che è causa, con propria condotta, del disagio per gli utenti. L’ente di riferimento bene potrà agire in revoca verso la società fallita, se ritenuto, dell’affidamento, per procedere a nuova gara successiva, oppure, in caso contrario, e se proficuo per la migliore liquidazione del complesso aziendale, il Tribunale potrà disporre l’esercizio provvisorio. Ed è chiaro che tale esercizio provvisorio non potrà che avvenire secondo logiche aziendalistiche, le medesime che avrebbero dovuto guidare gli organi di gestione della società in house.

Si verifica così una inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere tipicamente pubblicistico, quali la decisione in ordine alla continuità o meno nella gestione di un pubblico servizio essenziale, in ordine al controllo sul soggetto che è investito della funzione e, addirittura, in ordine alla sua sostituzione con un terzo soggetto, determinandosi una situazione di dubbia compatibilità con i principi costituzionali che regolano l'*agere* amministrativo, e, in particolare, con la riserva in favore degli enti pubblici della titolarità delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost.¹⁸⁷

Per questa via l'autorità giudiziaria verrebbe investita di un ruolo di supplenza, rispetto all'autorità amministrativa, in tutta una serie di scelte di estrema delicatezza e forte impatto anche sociale, in ordine alla prosecuzione o meno nello svolgimento del servizio pubblico, alla modalità della gestione ed al trattamento dei lavoratori dipendenti; scelte che, in una ordinaria ripartizione dei rispettivi poteri e compiti, proprio in ragione del loro impatto anche schiettamente politico, competerebbero all'autorità amministrativa.

E tale situazione si presenta ancor più grave ed incoerente con la ripartizione costituzionale dei poteri, ove si ponga mente al fatto che l'insolvenza delle società in mano pubblica, anche necessarie, nel nostro paese ha assunto una frequenza tale da fuoriuscire dall'alveo della patologia per diventare una condizione quasi fisiologica.

¹⁸⁷ Cfr. già, in questo senso, G. D'ATTORRE, *Gli enti di natura pubblica*, cit., p.122.; Id., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., p.721; Id., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit., p.696.

Questa incompatibilità tra gli interessi pubblici e l'apertura di una procedura fallimentare non sussiste, invece, con riferimento alle società in mano pubblica che siano prive del descritto requisito della necessità, in quanto non svolgono attualmente un servizio pubblico essenziale.

La cessazione dell'attività d'impresa per effetto della sentenza di fallimento di queste società "non necessarie", infatti, non pone alcun problema di interferenza con l'interesse pubblico alla necessaria continuità del servizio, né importa una indebita sostituzione degli organi della procedura in scelte di cura di quell'interesse pubblico, di pertinenza esclusiva della pubblica amministrazione.

In tali casi, infatti, l'erogazione del servizio, stante il suo carattere non necessario, non investe direttamente l'interesse pubblico alla continuità dello stesso.

Ed è proprio questo diverso modo di atteggiarsi dell'interesse pubblico in relazione alla dichiarazione di fallimento ed ai suoi effetti, che dà ragione, per i sostenitori della teoria in esame, della diversa disciplina cui devono essere assoggettate le società in mano pubblica con riguardo all'art 1 della l. fall., in dipendenza del carattere necessario o meno del servizio dalle stesse gestito.

Le società in mano pubblica "necessarie" sono escluse dal fallimento, perché l'eventuale apertura della procedura concorsuale lederebbe gli interessi pubblici che la norma richiamata vuole tutelare.

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

Tali considerazioni sono state, invero, avversate da quella parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, che ha evidenziato come, in realtà, non sussista tale paventata incompatibilità fra l’interesse pubblico alla continuità del servizio e la dichiarazione di fallimento né si determinerebbe alcuna indebita traslazione in capo agli organi della procedura di funzioni squisitamente amministrative, restando pur sempre in capo alla P.A. l’esclusiva titolarità del servizio.

Viceversa l’esonero dal fallimento per tali società provocherebbe un forte *vulnus* alla tutela delle ragioni della massa dei creditori ed, in ultima analisi, della stessa debitrice.

Tuttavia i sostenitori della tesi funzionale rimarcano come, per un verso, l’interesse dei creditori a beneficiare del rimedio dell’esecuzione concorsuale, se può senz’altro ritenersi un interesse meritevole di tutela, ciò nondimeno non può assumere carattere preminente ed inderogabile, dovendo convivere e, se del caso cedere, di fronte al preminente interesse pubblico all’erogazione del servizio, volto a tutelare la intera collettività di riferimento, stante il carattere necessario del servizio stesso.

In altre parole, se è vero che l’apertura della procedura concorsuale rappresenta la migliore forma di tutela dell’interesse dei creditori, è altrettanto vero che laddove il servizio abbia carattere necessario questo interesse non vive da solo, ma è destinato a confrontarsi con quello

alla erogazione del servizio, di cui è portatore l'intera collettività di riferimento: “in questa valutazione comparativa tra l'interesse privato dei creditori e l'interesse pubblico alla continuità nello svolgimento del servizio, pare prevalente il secondo, così che l'esenzione dal fallimento della società in mano pubblica necessaria si presenta giustificata (fermo restando la necessità di limitare nel modo più rigoroso possibile l'area di esenzione, proprio al fine di ridurre al minimo la lesione dell'interesse dei creditori)”¹⁸⁸.

Analoghe considerazioni valgono anche per l'interesse del debitore insolvente a “beneficiare” dell'applicazione delle procedure concorsuali, che per quanto rilevante, assume carattere subordinato rispetto all'interesse pubblico sopra evidenziato.

Neppure persuade l'obiezione di quanti ¹⁸⁹ hanno evidenziato il possibile ricorso all'esercizio provvisorio dell'impresa, ai sensi dell'art 104 l.fall., al fine di “impedire” l'interruzione del servizio pubblico, atteso che una tale soluzione non sembra armonizzarsi con la *ratio* e la lettera dell'istituto.

L'esercizio provvisorio, infatti, può essere disposto “solo se dall'interruzione può derivare un danno grave, purchè non arrechi pregiudizio ai creditori”, e deve cessare in qualsiasi momento se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di proseguirlo.

E' evidente, allora, come non possa individuarsi in tale norma lo strumento di tutela degli interessi pubblici legati alla continuazione

¹⁸⁸ Cfr. G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit., p. 500.

¹⁸⁹ S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., p.448.

dell'esercizio del pubblico servizio, l'esercizio provvisorio potendo essere disposto per la tutela dell'interesse della massa dei creditori (in relazione ad una valutazione di convenienza economica della prosecuzione dell'attività aziendale ai fini dell'incremento della massa attiva da ripartire), restandovi del tutto estranea ogni valutazione di tutela del diverso interesse pubblico alla continuità del servizio.

In quest'ottica, ove la prosecuzione dell'attività si riveli pregiudizievole per gli interessi della massa, comportando ulteriori perdite di esercizio e - in definitiva - la diminuzione del patrimonio attivo, il G.D. non potrebbe disporre l'esercizio provvisorio, proprio perché lesivo dell'interesse dei creditori alla massimizzazione delle proprie percentuali di riparto.

D'altra parte, l'esercizio provvisorio dell'impresa non può divenire lo strumento attraverso il quale trasferire in capo all'autorità giudiziaria scelte tipicamente amministrative in ordine alla gestione del servizio pubblico essenziale, non potendo l'autorità giudiziaria, nemmeno a mezzo degli organi della procedura, ingerirsi in decisioni che attengono alle modalità di erogazione di un servizio pubblico.

Una diversa interpretazione della norma che tenga conto “della peculiarità della fattispecie” e che consenta di disporre l'esercizio provvisorio anche quando ciò aggravi il passivo non pare quindi compatibile con il sistema concorsuale¹⁹⁰.

Eccentrica rispetto al sistema del diritto fallimentare appare anche la proposta di “impedire” al curatore di procedere all'affitto dell'azienda

¹⁹⁰ G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit., p. 501

o alla cessione in blocco della stessa, “atteso che la gestione del servizio deve ritornare all’ente pubblico”¹⁹¹.

Fermo restando che l’ente pubblico rimane nella facoltà di revocare l’affidamento del servizio alla fallita e di procedere ad una nuova assegnazione a terzi, fintanto che la fallita rimanga nella titolarità dello stesso, le norme concorsuali comunque consentono agli organi della procedura di disporre l’eventuale affitto o cessione in blocco dell’azienda a terzi.

Ciò, d’altra parte, porrebbe anche seri problemi in ordine alla possibile violazione dei criteri di scelta del terzo cui, di fatto, verrebbe affidata la gestione di un pubblico servizio senza la necessaria intermediazione della gara ad evidenza pubblica.

Inoltre non va trascurata, sul piano pratico, la circostanza per cui la revoca dell’affidamento del servizio, da parte della P.A., in capo alla fallita ed il suo affidamento ad altra società (sovente una nuova società in *house*) rischia di essere vanificato laddove non si accompagni contestualmente all’affitto o al comodato dell’azienda da parte della curatela fallimentare alla nuova società che, all’evidenza, non può nell’immediato disporre di una propria struttura e di beni strumentali tali da consentirgli di svolgere il servizio stesso.

Ed allora il possibile affidamento *ex novo* ad altra società del servizio pubblico, incontra – ancora una volta - un evidente ostacolo nel necessario coordinamento con le norme di diritto fallimentare, l’effettività di una simile scelta essendo irrimediabilmente condizionata dalla de-

¹⁹¹ S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 448.

cisione della curatela di procedere immediatamente all'affitto o al comodato dell'azienda in favore della nuova società affidataria del servizio, non potendosi, in difetto, garantire l'erogazione dello stesso.

A meno di non ipotizzare un obbligo della curatela in tal senso, con evidente deviazione, ancora una volta, degli istituti concorsuali dalle finalità loro tipiche.

A fronte di tali problematiche di carattere sistematico ed ordinamentale, si pone poi il rilievo di una certa duttilità della tesi funzionale che, pertanto, si lascia preferire alle tesi tipologiche pubblicistiche ed a quelle "panprivatistiche". Essa, infatti, discriminando caso per caso in relazione alla natura del servizio pubblico espletato dalla società in mano pubblica, a seconda che lo stesso rivesta o meno carattere necessario per l'ente, conduce a risultati più efficaci nel garantire un giusto equilibrio fra interessi pubblici e privati, evitando gli eccessi, in positivo o in negativo, delle altre tesi e consentendo una più corretta perimetrazione dell'area di esenzione fallimentare¹⁹².

Il metodo "tipologico" di impronta privatistica, che qualifica sempre e comunque le società in mano pubblica come soggetti di diritto privato, pecca per difetto, in quanto consente l'assoggettamento a fallimento anche di società che svolgono un servizio pubblico essenziale, per le quali l'eventuale apertura della procedura fallimentare rappresenterebbe, come visto, un *vulnus* tanto all'interesse pubblico allo svolgimento continuato e ininterrotto del servizio pubblico, quanto al prin-

¹⁹² G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., p. 722.

cipio di non ingerenza dell'autorità giudiziaria ordinaria nella cura del pubblico interesse.

Il metodo "tipologico" di impronta pubblicistica, che in presenza di determinati indici sintomatici procede ad una riqualificazione delle società formalmente private in soggetti pubblici, sembra peccare per eccesso, in quanto conduce all'esenzione dal fallimento anche delle società in mano pubblica non necessarie, per le quali l'eventuale sentenza di fallimento non determinerebbe alcuna lesione dell'interesse pubblico.

Diversamente, l'applicazione del metodo "funzionale", che pure presenta punti di contatto con il metodo tipologico pubblicistico, consentirebbe una più idonea perimetrazione dell'ambito di esenzione delle società in mano pubblica dal fallimento, ponendo – in un certo senso – riparo agli eccessi delle teorie tipologiche, limitando l'esenzione alle sole società in mano pubblica "necessarie", in quanto titolari al momento della istruttoria pre-fallimentare di un servizio pubblico essenziale in corso di svolgimento.

Tale conclusione si appalesa quanto mai opportuna ove si consideri che l'adesione alla diversa tesi tipologica pubblicistica, comportando la soggezione a fallimento in maniera indiscriminata di tutte le società in mano pubblica, sol che presentino gli indici sintomatici alla cui ricorrenza la giurisprudenza ricollega la qualifica di ente pubblico, determina una eccessiva dilatazione dell'area di applicazione dell'art 1 l. fall., ricomprendendovi anche quelle società per le quali, non gestendo servizi pubblici essenziali, non si porrebbe alcun problema di con-

flitto fra la procedura fallimentare e l'interesse pubblico alla continuità del servizio.

E' evidente come, in siffatte circostanze, l'esenzione dal fallimento, non solo non rechi alcun beneficio all'interesse pubblico (perché la società non è titolare di un servizio pubblico essenziale o non lo è più a seguito di revoca dell'affidamento o perché in liquidazione o, ancora, perché svolga una normale attività commerciale), ma procuri – anzi – un pregiudizio ingiustificato alle ragioni della massa dei creditori (ed in ultima analisi della stessa società), i quali si vedono privati del principale strumento di tutela loro accordato dall'ordinamento a fronte della insolvenza della società debitrice, ossia la procedura fallimentare.

Non va, peraltro, dimenticato che per le società in mano pubblica, stante il principio di tipicità dettato dall'art. 2 l.fall. e l'assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso, è preclusa l'ammissione anche alla procedura di liquidazione coatta amministrativa; in tali circostanze l'esenzione dal fallimento significherebbe lasciare esclusivamente la tutela dei creditori alla sola esecuzione individuale. Per tali società, invero, l'alternativa è secca: fallimento o esecuzione individuale.

Ciò significa che, in caso di esenzione dal fallimento, le società in mano pubblica non possono essere soggette ad altra procedura concorsuale amministrativa e che la tutela dei creditori passerà attraverso la sola esecuzione individuale.

Da questo l'ulteriore conferma della necessità di delimitare entro limiti stringenti l'area delle società in mano pubblica escluse dal fallimento¹⁹³.

1.4. *Il fallimento delle società private che svolgono servizi pubblici essenziali.*

La tesi funzionale in precedenza illustrata, pur evidenziando le criticità insite nella eventuale assoggettabilità a fallimento delle società di gestione di servizi pubblici essenziali, presta il fianco ad un rilievo tanto ovvio quanto pregnante: l'esenzione dal fallimento di queste società dovrebbe comportare, quale logico corollario, l'inclusione nella sfera di operatività dell'art 1 l. fall. anche di quelle società che pur non essendo partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici, siano nondimeno titolari di servizi pubblici essenziali¹⁹⁴.

Anche per tali società, infatti, si pongono i medesimi problemi di compatibilità della procedura con l'interesse pubblico: eguale carattere essenziale per l'ente pubblico assume il servizio gestito dalla società ed eguali problemi di trasposizione di scelte di competenza della pubblica amministrazione in capo all'autorità giudiziaria si porrebbero anche in tale ipotesi.

Nell'uno come nell'altro caso, l'eventuale fallimento si risolverebbe in un pregiudizio dell'interesse pubblico e consentirebbe all'autorità giudiziaria ordinaria di scegliere, tramite l'eventuale affitto o cessione

¹⁹³ In questo senso, G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit., p. 502

¹⁹⁴ In questo senso vedi G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, cit., p. 823.

di azienda, il soggetto cui affidare il servizio pubblico, con invasione di una materia di stretta competenza amministrativa.

E' evidente l'incoerenza sistematica di una tale conclusione, atteso che nessuno dubita della soggezione a fallimento di società formalmente e sostanzialmente private, sol perché le stesse gestiscono servizi pubblici essenziali.

Non a caso gli stessi sostenitori della teoria funzionale ripudiano tale conclusione, riaffermando la soggezione al fallimento anche delle società private di gestione dei servizi pubblici essenziali.

Alla base di tale assunto, l'osservazione per cui, in questi casi, sarebbe la stessa base positiva su cui affermare la loro esenzione dal fallimento che mancherebbe.

Se per le società a partecipazione pubblica, infatti, in presenza di taluni indici sintomatici, è possibile individuare una sostanza pubblica, al di là della forma privata, così potendo procedere ad una interpretazione estensiva dell'esenzione dal fallimento prevista dall'art. 1, comma 1, l.fall. per gli "enti pubblici", analoga conclusione non è possibile raggiungere per le società private, nelle quali questi indici sintomatici mancano.

Al di là dello sforzo interpretativo e motivazionale, si coglie tutta la difficoltà di armonizzare la teoria in esame con i principi fondanti del diritto civile, che non ammettono deroghe alla generale soggezione al fallimento delle società commerciali, stante anche il carattere *lato sensu* pubblicistico della relativa disciplina, volta alla tutela non soltanto della massa dei creditori ma anche della stabilità del generale sistema

economico, attraverso l'espunzione dallo stesso delle società oramai decotte.

Ecco allora che i sostenitori della tesi funzionale sono costretti a "recuperare" il momento pubblicistico attraverso la valorizzazione di quegli stessi indici rivelatori della pubblicità sostanziale, tanto cari ai sostenitori della tesi tipologica pubblicistica.

Il collo di bottiglia, infatti, è rappresentato proprio dalla lettera della norma di cui all'art 1 l. fall., norma che non può essere estesa in via interpretativa sino a ricomprendere anche società che non presentino alcun indice di pubblicità sostanziale.

"Un'interpretazione finalistica della norma non può tradursi in un'interpretazione *contra legem*, che vada contro l'espressa previsione legislativa, che limita l'esenzione ai soli enti che presentino indici soggettivi di pubblicità e che, in quanto tali, rimangono soggetti ai vincoli ed ai controlli propri dei soggetti pubblici; limiti e vincoli che, invece, non operano per le società interamente private"¹⁹⁵.

Quanto poi a quegli indici sintomatici in presenza dei quali opererebbe l'esenzione di cui all'art 1 l. fall. nei confronti delle società partecipate che gestiscano servizi pubblici essenziali, gli stessi vengono individuati in quelle caratteristiche che già la giurisprudenza di merito aveva valorizzato per procedere ad una riqualificazione in senso pubblicistico di talune società in mano pubblica e che la stessa oramai costantemente utilizza a fini di verifica della legittimità degli affidamenti diretti alle società *in house*.

¹⁹⁵ G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit., p. 502

E' evidente, pertanto, come allo stato attuale della giurisprudenza tale soluzione appaia non del tutto soddisfacente, sol che si pensi che la stessa per un verso ripropone le medesime problematiche della teoria tipologica pubblicistica, prima fra tutte anche l'incertezza degli esiti interpretativi legati a parametri non sempre chiari ed univoci, e, per altro verso, conduce comunque all'affermazione della fallibilità di società di gestione di servizi pubblici essenziali, quante volte le stesse non presentino indici di pubblicità sostanziale, in aperto contrasto con le stesse premesse da cui parte.

*1.5 Gli orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità.
Critiche alle teorie funzionali.*

La giurisprudenza fallimentare, dopo una prima fase di incertezza, sembra oggi orientata in massima parte verso la tesi dell'assoggettamento di tutte le società in mano pubblica alle procedure concorsuali, con inevitabili ricadute anche in merito all'applicazione dei concorrenti regimi di responsabilità civile, penale, contabile ed amministrativa. Per non parlare, poi, della connessa problematica – su cui ci soffermeremo in seguito – della configurabilità in capo agli enti pubblici della responsabilità per l'abuso dell'attività di direzione e coordinamento posta in essere sulle controllate, in violazione dei criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, che oltre a comportare rilevanti conseguenze – di carattere anche economico – sul piano risarcitorio nei confronti del ceto creditorio, ha generato contemporaneamente la violazione delle regole di contabilità

pubblica in ordine all'assunzione indiretta di spese di ammontare indeterminato (quale è quella derivante dalla responsabilità ex art 2497 c.c.)¹⁹⁶

In recenti arresti, la Suprema Corte, infatti, ha ribadito che una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale.¹⁹⁷

Peraltro, proprio dall'esistenza di specifiche normative di settore che, negli specifici ambiti da esse prese in considerazione, attraggono alla sfera del diritto pubblico determinati soggetti che pure rivestono forma giuridica privata, si potrebbe inferire, con argomento *a contrario*, che ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a soggiacere alle norme di diritto comune.

Il dato normativo di partenza di tali riflessioni è rappresentato pur sempre dall'art 4 della legge n. 70/75 che nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto per legge, pone un evidente riserva di legge in ordine all'attribuzione della qualifica di ente pubblico alle società partecipate, ciò che precluderebbe la possibilità di procedere in via interpretativa, sulla scorta della ricorrenza indici rivelatori di una "pubblicità sostanziale".

L'eventuale presenza di norme speciali volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale o la designazione degli organi, non incidono sul modo di operare della società nel mercato, né possono comportare deroghe che ledano l'affidamento e

¹⁹⁶ FIMMANO', *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 724 e ss.

¹⁹⁷ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209 ne *Il caso.it*, 2013

la fiducia degli operatori che vengano in contatto con quella società, sulla soggezione della stessa alle regole del diritto comune e sulla tutela garantita dall'applicazione della disciplina privatistica.

Tali conclusioni non possono essere infirmate neanche dalla considerazione della particolare natura dell'attività svolta dalle predette società, poiché la società stessa assume la qualifica di imprenditore commerciale già nel momento della sua costituzione, diversamente dall'imprenditore individuale, per il quale tale qualifica non può che collegarsi all'esercizio concreto dell'attività di impresa.

L'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo, non appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione restino quelle proprie di una società di capitali, disciplinata in via generale dal codice civile.

La Suprema Corte, infatti, ha reiteratamente affermato, in linea con la migliore dottrina, che le società costituite nella forme del codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale, sono assoggettabili al fallimento indipendentemente dall'effettivo esercizio, poi, di tali attività. Infatti la natura commerciale dell'attività, posta alla base della qualifica di imprenditore commerciale, e della connessa applicazione del relativo statuto, deve necessariamente esteriorizzarsi e tanto avviene, nelle società di capitali, attraverso le previsioni statutarie, diversamente da quanto accade per l'imprenditore individuale¹⁹⁸, per il

¹⁹⁸ In tal senso, da ultimo, Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fallimento*, 2013, p. 1273, con nota di BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*.

quale è solo l'effettivo esercizio concreto dell'attività che può valere ad attribuire tale qualifica.

E' evidente, allora, che per una società avente personalità giuridica e contraddistinta, sin dall'inizio, da un determinato oggetto sociale, conoscibile ai terzi per effetto della pubblicità commerciale, ciò che rileva è la previsione statutaria di un'attività commerciale, piuttosto che il suo concreto esercizio e tale scelta, una volta compiuta, non può più essere messa in discussione, pena la violazione dei principi di affidamento e tutela dei terzi.

La società di capitali, è cioè, geneticamente destinata al fine unico dell'esercizio di un'attività economica qualificata come commerciale, poiché la destinazione commerciale è, si potrebbe sostenere, immanente al soggetto collettivo¹⁹⁹.

Tutto ciò, è stato osservato²⁰⁰, “vale dunque anche quando la società svolga attività e produca servizi pubblici “senza rilevanza economica” ed indipendentemente dal fatto che si collochi in un mercato concorrenziale o che svolga attività a favore dei terzi (oltre che in house providing a favore dell'ente socio)”

E' stato da taluni rilevato, infatti, che il carattere commerciale andrebbe recuperato in negativo dalla previsione di cui all'art 2135 c.c., dovendosi qualificare come commerciale l'imprenditore che non eserciti attività agricola, coprendo così tutte le attività d'impresa, sia pure a

¹⁹⁹ ANFUSO, *Condizioni di fallibilità dell'impresa collettiva: basta lo scopo od occorre anche l'effettivo esercizio dell'attività commerciale?* Nota alla sentenza Cass. 26 giugno 2001, n. 8694, in *Fallimento*, 2002, p.609.

²⁰⁰ FIMMANO', *Il fallimento delle “società pubbliche”*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, p. 34

carattere industriale, riconducibili all'art 2082 c.c.²⁰¹, mentre in positivo, rileverebbe la previsione di cui al comma 2 dell'art 2195 c.c., a mente del quale *“le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività ed alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo ed alle imprese che le esercitano”*

In tale ottica si afferma che la sola scelta del modello organizzativo societario, laddove non si tratti di società di persone, vale già di per sé ad attribuire la qualifica di imprenditore commerciale, il requisito della commercialità non potendo agganciarsi al diverso aspetto della concorrenzialità che vale, piuttosto, ad indicare il regime di libera competizione in cui le imprese stesse operano nell'ambito del mercato di riferimento.

Né il carattere commerciale dell'attività postula necessariamente che la società debba operare nei confronti di soggetti terzi o per il mercato, potendo ben conciliarsi il relativo *status* anche con la produzione esclusivamente rivolta nei confronti di altra società o dell'ente, come testimonia chiaramente la mai discussa soggezione al fallimento anche delle *holding* cd. pure, che pure svolgono attività solo a favore delle partecipate.

Insomma, per i giudici di legittimità, ciò che conta ai fini della individuazione della disciplina giuridica da applicare, non è il tipo di atti-

²⁰¹ Così Corte di Appello di Napoli, sentenza n. 346 del 27 maggio 2013, in *Fallimento*, 2013 con nota di FIMMANO', *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, p. 1299

vità che viene esercitata, quanto piuttosto la natura del soggetto giuridico che la esercita²⁰².

Ciò, del resto, è pienamente coerente con i rilievi critici che sono stati mossi alla teoria cd. funzionale e che sono stati in precedenza oggetto di analisi²⁰³

Va, infatti, rilevato come il nostro ordinamento giuridico, nell'art 2082 c.c., definisca e disciplini “*l'imprenditore commerciale*” e cioè il soggetto che intraprende, in forma sia individuale che collettiva, un'attività economica e non anche l'attività economica esercitata.

Nell'applicazione del relativo statuto, dunque, non rileva la natura – o la necessità – dell'attività svolta oppure gli interessi perseguiti²⁰⁴, ma esclusivamente la natura del soggetto, per la quale il legislatore non prevede alcuna riqualificabilità, tant'è vero che continuano a fallire gli imprenditori e non le imprese.²⁰⁵

L'esenzione degli enti pubblici dal fallimento, infatti, si fonda non tanto sulla natura pubblicistica dell'attività (ed invero gli enti pubblici economici possono svolgere sia una comune attività imprenditoriale, sia erogare un servizio pubblico), quanto piuttosto sulla peculiare disciplina organizzativa dell'ente pubblico economico e sul suo carattere necessario, come tale istituito dalla legge, che impedisce

²⁰² In questo senso FIMMANO', *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 910 e ss. L'Autore osserva che “in relata, indipendentemente dalla natura dell'attività svolta, la società a partecipazione pubblica è per l'ordinamento un imprenditore commerciale e come tale assoggettato al relativo statuto a cominciare dalle procedure concorsuali.

²⁰³ Cfr. Cap. I, par. 2

²⁰⁴ D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., 719

²⁰⁵ DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, 10

l'applicazione delle norme che regolano la liquidazione e l'estinzione dell'impresa.²⁰⁶

Va poi considerato che una simile teoria, ricollegando l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale alla natura dell'attività esercitata, piuttosto che al soggetto che l'esercita, comporterebbe l'esenzione dalla disciplina del fallimento anche per quelle società a capitale totalmente privato laddove siano concessionarie di un servizio pubblico o comunque affidatarie di attività di natura o di interesse squisitamente pubblico, ciò quantomeno per evitare sperequazioni di mercato e violazioni delle regole della concorrenza²⁰⁷; conseguenza quest'ultima che, non a caso, anche i più convinti sostenitori della tesi funzionale respingono²⁰⁸, con ciò mostrando di essere consapevoli dei limiti propri di una tale ricostruzione.

Viceversa, una volta che il legislatore ha permesso di perseguire l'interesse pubblico anche attraverso lo strumento privatistico, è gioco forza ritenere che lo stesso debba piegarsi e soggiacere alle regole del diritto privato, ivi compresa la soggezione alle procedure concorsuali

²⁰⁶ Cfr. L.G. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, pag. 532 e ss.; F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche*, cit., pag. 28

²⁰⁷ SCARFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, 446, rileva che l'esonero dal fallimento delle società pubbliche creerebbe una grave alterazione del mercato perché sarebbero le uniche società non soggette ad alcun tipo di procedura concorsuale. L'art 106 del Trattato sul funzionamento dell'UE (già art 86 del trattato istitutivo) prevede che 1. 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 del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi; 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme dei trattati, ed in particolare alle regole della 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.

²⁰⁸ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., pag. 699, il quale considera la pubblicità del capitale ed eventualmente gli altri connotati ricorrenti nelle società pubbliche come presupposti della teoria funzionale.

in caso di insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in contatto, atteso il necessario rispetto dei principi di concorrenza²⁰⁹.

La Suprema Corte, d'altra parte, ha avuto modo di affermare che le società partecipate da un ente pubblico non perdono la loro natura privatistico – commerciale per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato da conferimenti provenienti da soggetti pubblici²¹⁰.

Peraltro gli interessi tutelati dal fallimento non possono essere ristretti, specie a seguito della riforma, nell'ambito della mera tutela delle ragioni del ceto creditorio.

Sebbene anche tale interesse possa considerarsi come un altissimo interesse pubblico, in contrasto con gli interessi particolari dei singoli creditori e con quello del debitore, va rilevato che la procedura concorsuale si pone a tutela, in una più ampia prospettiva, anche dell'interesse economico generale, evitando il propagarsi dell'insolvenza e consentendo una riallocazione delle risorse economiche utilizzate²¹¹.

²⁰⁹ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209 sottolinea che “La scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela a disposizione dell'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e le stesse modalità”

²¹⁰ In tal senso Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Nds*, n. 3, 2010, p. 36 e ss.; si veda al riguardo anche IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 365 e ss

²¹¹ E' stato giustamente notato che la liquidazione concorsuale costituisce uno strumento di tutela dell'interesse economico generale e quindi l'area di esonero dalle ordinarie procedure concorsuali non può essere indebitamente estesa nel silenzio del legislatore. In tal senso: SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in FIMMANO', *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza, Ricerche di law & economics*, Milano, 2011, p. 373

L'esonazione dalle procedure concorsuali delle società in mano pubblica pregiudicherebbe sia l'interesse dei creditori, sia l'interesse pubblico, sia (potenzialmente) l'interesse della stessa società²¹². La sottrazione ai creditori del rimedio dell'esecuzione concorsuale e la possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi mediante il ricorso alla sola esecuzione individuale lederebbe i principi di eguaglianza e affidamento dei creditori²¹³. Sarebbe violato, altresì, il diritto della concorrenza, che impone la parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato, con le stesse forme e con le stesse modalità²¹⁴. Verrebbe, infine, potenzialmente violato l'interesse della stessa società a "beneficiare" della procedura di fallimento, di concordato preventivo e di amministrazione straordinaria²¹⁵.

2. Responsabilità dell'ente nei confronti della massa dei creditori.

Come in precedenza si è osservato, la soluzione teorica adottata in relazione all'assoggettamento o meno al fallimento delle società in mano pubblica, presenta rilevanti ripercussioni anche sul piano correlato

²¹² L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 634; S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., p.438.

²¹³ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 634; PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit., p.2

²¹⁴ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 634; S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., p.444; FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, cit., p. 554

²¹⁵ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 634; S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 445.

della eventuale responsabilità dell'ente controllante nei confronti della massa dei creditori, in relazione all'abusiva attività di direzione e coordinamento esercitata nei confronti della controllata in violazione dei criteri di corretta gestione societaria.

Il fenomeno del gruppo di società controllato da un ente pubblico, o addirittura da un'amministrazione dello Stato, è del tutto consueto nel nostro ordinamento, basti pensare addirittura all'esistenza in passato di un dicastero delle "partecipazioni statali" al vertice di una serie di *holding* settoriali (a cominciare da Iri, Eni, Efim, ecc.)²¹⁶.

D'altra parte l'attività di dominio è di per sé lecita e configura una situazione soggettiva attiva di cui può, e talora deve, farsi uso²¹⁷: non contrasta con i principi inderogabili dell'ordinamento giuridico il fatto che il centro decisionale delle strategie venga posto al di fuori delle singole società controllate²¹⁸.

Ciò tanto più ove il dominio sia esercitato dall'ente pubblico sulla società partecipata al fine di garantire la tutela degli interessi della collettività ed evitare pregiudizi per quest'ultima.

In questa stessa logica già vent'anni fa il legislatore, nell'ambito della disciplina dei gruppi bancari, aveva espressamente sancito che la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento,

²¹⁶ Cfr. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra nuove e vecchie tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p.999; PAVONE LA ROSA, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in *I gruppi di società*, Bologna 1982, p. 146 e ss.

²¹⁷ Sul dovere di esercizio della direzione unitaria in particolare ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in AA. VV., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, p. 1489; MARCHETTI, *Controllo e poteri della controllante*, *ibidem*, II, 1556 e ss; FIMMANO', *I "Gruppi" nel convegno internazionale di studi per i quarant'anni della Rivista delle Società*, in *Riv. not.*, 1996, p. 522 e ss.

²¹⁸ Al riguardo BLATTI – MINUTOLI, *Il fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, p. 428

emana le direttive, riconoscendo una vera e propria espressione di supremazia gerarchica meritevole di tutela. Anche in quel caso si trattava della tutela dell'interesse, di rilievo pubblicistico, alla stabilità del sistema bancario a seguito dell'evoluzione del modello del c.d. gruppo polifunzionale composto anche di società esercenti attività strumentali a quella bancaria e finanziaria, con conseguenti rischi di instabilità ed irregolarità, derivanti dal mancato assoggettamento alla vigilanza prudenziale delle stesse²¹⁹.

L'art. 2497, comma 1, c.c., sancisce che “Le società o gli enti ²²⁰che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”. Parte della dottrina ha fatto leva sulla “natura imprenditoriale” dell'interesse che deve animare la controllante, menzionato dalla predetta norma, per escludere che la stessa possa trovare applicazione nei

²¹⁹ Cfr. F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F.FIMMANO' (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, 2011, p. 72.

²²⁰ La norma si riferisce evidentemente anche ad enti non societari quali associazioni, fondazioni ed, appunto, enti pubblici (in tal senso GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 2002)

confronti dell'ente, quante volte questi agisca per finalità sociali o comunque pubbliche²²¹.

E' evidente l'equivoco insito in un tale tipo di approccio: la norma – infatti – mira a tutelare i creditori ed i soci rispetto ai danni derivanti alla controllata dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento effettuato nell'interesse extrasociale anche di terzi diversi dall'ente, senza che alcun rilievo possa assumere la natura di tali interessi²²².

Del resto, l'aggettivo "imprenditoriale" non viene utilizzato dal legislatore in questo caso come sinonimo di "lucrativo" ed in tal senso non vi è alcun dubbio che anche l'attività di erogazione di beni e servizi, a prescindere dall'economicità o meno del modello di gestione, deve ritenersi a tutti gli effetti attività di impresa.

Proprio in relazione alla latitudine interpretativa di detta norma nei confronti degli enti pubblici, in tempi relativamente recenti è intervenuto il legislatore con il comma 6 dell'art 19 del d.l. 78 del 1/07/09 che ha inteso fornire una interpretazione autentica dell'art 2497 comma 1 c.c. Al di là dello scopo dichiarato del predetto intervento normativo, di dissipare i dubbi interpretativi sorti in relazione a quegli enti che esercitino attività di direzione e coordinamento di società in ordine al perseguimento di un interesse imprenditoriale di gruppo, la finalità avuta di mira dal legislatore è apparsa, in realtà, la salvaguardia

²²¹ CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1242; GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 849 e ss.

²²² In tal senso IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 9 ess.

della posizione del Ministero dell'Economia, nell'ambito della complessa vicenda dell'Alitalia, svoltasi in modo tale da configurare una evidente responsabilità in capo al primo per l'abusivo esercizio del dominio, in violazione delle regole di corretta gestione societaria ed imprenditoriale²²³.

La norma, al riguardo, sancisce 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”*.

Se tale norma volesse essere interpretata nel senso di configurare la responsabilità della controllante solo ove l'attività di direzione e coordinamento venga esercitata nell'ambito di una attività finalizzata alla produzione di beni e servizi, nel rispetto di un criterio di economicità, rimarrebbero fuori della sfera applicativa della stessa, invero, le sole attività dello Stato – che agisce sempre per fini politici attinenti al governo dell'economia - e di quegli enti che agiscono secondo criteri di pura erogazione (cd. enti pubblici di protezione sociale)

Senz'altro tale interesse è ravvisabile laddove l'ente locale partecipi in società che erogano servizi pubblici di rilevanza economica (ex art 113, comma 5 del T.U.E.L.), quali i servizi di erogazione dell'energia elettrica, del gas, dell'acqua, del trasporto pubblico, etc, mentre ne resterebbero escluse tutte quelle attività di erogazione di servizi di tipo

²²³ In senso critico rispetto a tale norma: CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dello Stato dall'applicazione dell'art 2497, comma 1, c.c. (art 19, comma 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 343 e ss.

assistenziale, sociale o culturale, in quanto privi di rilevanza economica.

Allo stesso modo, deve ritenersi che rientreranno nello specchio applicativo della norma in oggetto, gli enti pubblici che detengono partecipazioni in società che erogano servizi al pubblico in regime di concorrenza (cd. società mercato ex art 23-bis, della legge 133/2008), diversamente da quelle che esercitano attività amministrativa strumentale a favore degli enti medesimi (cd. società semi – amministrazioni ex art 13 della legge 248/2006)²²⁴

Al di fuori di tale limitate eccezioni, all'ente pubblico *dominus* (o almeno all'ente pubblico che, per il tramite delle società controllate, gestisca una attività con metodo “economico”) dovrà integralmente applicarsi la normativa privatistica dettata in relazione all'attività di direzione e coordinamento, a cominciare da quella sulla responsabilità diretta e sussidiaria.

E così le decisioni “influenzate” dovranno essere analiticamente motivate, recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso e di ciò dovrà darsi adeguato conto nella relazione sulla gestione (art. 2947-ter); opereranno cause di recesso ag-

²²⁴ La definizione è dell'Assonime che , in considerazione del proliferare delle società pubbliche, ha operato una distinzione fra società di mercato e le cd. “semi – amministrazioni”, “ *ritenute una soluzione ibrida da abbandonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario*”(Documento Assonime 2008, Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche). Nel trattare delle semi - amministrazioni, il rapporto delinea tre categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività di impresa con scopo lucrativo: il modello delle società in house che consente l'affidamento diretto dei servizi pubblici, in deroga all'obbligo delle procedure di evidenza pubblica; le società cui vengono attribuite funzioni pubbliche (per esempio L'Anas o L'Enav); le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative e in particolare le società costituite da amministrazioni regionali e locali, oggetto della disciplina restrittiva del decreto Bersani.

giuntive rispetto a quelle ordinarie (art. 2497-*quater*)²²⁵; il rimborso dei finanziamenti effettuati dall'ente pubblico a favore della società diretta e coordinata sottocapitalizzata, sarà postergato e soggetto a restituzione se avvenuto nell'anno anteriore al fallimento (art. 2497-*quinquies*).

La stessa società dovrà indicare nei propri atti e corrispondenza l'ente che esercita il dominio e quest'ultimo dovrà trovare collocazione nell'apposita sezione del registro delle imprese ove sono indicati gli enti o società che esercitano il dominio e le società che vi sono sottoposte²²⁶.

L'attività di dominio sulle società controllate, sia essa esercitata per il tramite di specifiche disposizioni statutarie – come abbiamo in precedenza visto (cfr. cap I, par 4) possibile per le s.r.l. – ovvero mediante contratti che generino un controllo esterno (ad esempio il contratto di servizio o specifici patti parasociali) , diviene fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori se abusiva, ovvero se il *dominus*-ente pubblico la esercita nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui (e

²²⁵ A norma dell'art 2497 – quater c.c. “il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere: a) quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento; b) quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art 2497; in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio; c) all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto. Si applicano, a seconda dei casi ed in quanto compatibili, le disposizioni previste per il diritto di recesso del socio nella società per azioni o in quella a responsabilità limitata”.

²²⁶ Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al secondo comma, o le mantengono quando la soggezione è cessata sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi (2497 – bis, comma 3, c.c.)

comunque non nell'interesse del dominato) e se è contraria ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

Ed invero rileva, in questi casi, la violazione della fondamentale regola di correttezza e buona fede che, quale clausola generale di condotta, presidia anche l'attività di direzione unitaria.

L'interesse che in questi casi verrà in rilievo, non va identificato con quello personale ed occasionale che fa emergere la situazione di incompatibilità del singolo socio o dell'amministratore - di fatto o di diritto - alla stregua di quanto previsto negli artt 2373 e 2391 c.c., ma con un interesse alla direzione dell'impresa dominata e che costituisce la ragione determinante del controllo.

In tali casi la responsabilità della controllante nasce proprio dalla violazione di uno specifico obbligo di correttezza nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: l'obbligo del corretto perseguimento degli interessi del gruppo, nell'equo temperamento delle esigenze delle singole società facenti parte dello stesso²²⁷. Si tratta, dunque, di una obbligazione assunta nei confronti di soggetti ben individuati (i creditori ed i soci della controllata) la cui violazione, come vedremo, è fonte di una responsabilità da illecito contrattuale e non da violazione del generale dovere di *neminem laedere*, e che vede la corresponsabilità, ai sensi degli artt. 2497, comma 2, c.c., anche di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del

²²⁷ Al riguardo cfr. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma delle società di capitali tra aperture e incertezze: una prima riflessione*. Intervento al Convegno di Alba del 23 novembre 2002, in *Società*, 2003, p. 335

vantaggio conseguito, di chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio²²⁸.

Ebbene, nel caso di società *in house*, appare abbastanza evidente che il controllo “analogo” che legittima l’affidamento diretto del servizio pubblico, viene di regola esercitato in funzione degli interessi istituzionali dell’ente e della collettività cui viene erogato il pubblico servizio e non dell’interesse (lucrativo) dello stesso ente.

Adirittura si badi che per i c.d. servizi senza rilevanza economica la gestione secondo criteri di economicità, quindi di corretta gestione imprenditoriale, è esclusa addirittura dalla legge.

Quindi in una situazione in cui l’interesse della controllata diverge da quello del soggetto controllante e sussistono i presupposti previsti dalla legge, scatterebbe la responsabilità della capogruppo a prescindere dalla sua natura e dall’interesse in concreto perseguito.

In ogni caso, laddove si verifichi l’ipotesi contemplata dal legislatore e dalla giurisprudenza di controllo “analogo” (o nella società per azioni attraverso il contratto di servizio o nella società a responsabilità limitata attraverso regole statutarie) ci si trova di fronte ad un caso di

²²⁸ La Relazione illustrativa della riforma (par. 13) si esprime nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità ex art 2497 c.c. anche se ciò non ha alcun carattere vincolante per l’interprete (in tal senso GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Dir. comm.*, XXIX, Padova, 2003, p. 186; ID., *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna, 2005, p. 92 e ss; MAGGIOLLO, *L’azione di danno conto la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p.191) SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di ABBADESSA e PORTALE, 3, Milano, 2007, n.10, richiama, per la responsabilità da influenza determinante e pregiudizievole, lo schema dell’induzione all’inadempimento.

violazione, *in re ipsa*, delle regole dettate dal codice civile in tema di eterodirezione e coordinamento (artt. 2497 e ss.)²²⁹.

Anche nel caso di controllo esterno, l'abuso della dipendenza economica può tradursi di per sé in abuso dell'attività di direzione e coordinamento con la conseguente responsabilità riconosciuta dalla giurisprudenza anche prima delle riforme²³⁰.

Va inoltre rilevato che la violazione delle regole di direzione e coordinamento si traduce anche in un violazione delle regole di corretta contabilità pubblica. Come osservato dalla più attenta dottrina commercialistica già in relazione alla vecchia formulazione dell'art 2362 c.c., in caso di pubblica amministrazione azionista unico²³¹, la violazione delle suddette regole deriverebbe dalla impossibilità di impegnare una spesa di ammontare indeterminato quale quella che deriverebbe dalla responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società stessa nel periodo di controllo totalitario²³²; problema destinato a ri-

²²⁹ Cfr. F. FIMMANO, *L'ordinamento delle società pubbliche*, cit., pag. 79.

²³⁰ Si veda sul punto Cass 27 settembre 2001, n. 12094, in *Giur. comm.*, 2002, II, p.675. Nel caso concreto la Suprema Corte, pur non essendo giunta alla pronuncia di condanna per la mancanza di prova in ordina alla sussistenza del nesso eziologico, ha affermato, almeno in linea di principio, che l'abuso di dipendenza economica, ad es. dell'impresa che impone al subfornitore od al concessionario in esclusiva condizioni e prezzi contrari al suo interesse ed alla corretta gestione imprenditoriale, possa configurare una ipotesi di controllo abusivo. In tema cfr pure SCHIANO DI PEPE, *Subfornitura e controllo societario*, in AA.VV., *Contratti di subfornitura. Qualità e responsabilità*, Milano, 1993, p. 87 e ss.

²³¹ BOUNOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, p. 14, il quale evidenziava che "a nulla varrebbe obiettare che per le aziende municipalizzate (*il comune*) è tenuto a pagare le perdite di gestione, perché le aziende sono bracci operativi del comune, mentre le società a partecipazione comunale sono soggetti assolutamente autonomi ed organicamente distinti dal comune ..."

²³² La Corte dei Conti con riferimento al vecchio regime dell'art 2362 c.c., ha infatti affermato che "quando il capitale azionario è posseduto interamente dal comune e, conseguentemente, è posta a carico di quest'ultimo un'illimitata responsabilità patrimoniale e quando la gestione della società da parte del comune è stata effettuata in modo esclusivo come se si trattasse di un organismo legato all'ente da un rapporto di ausiliarità che si concretizza in un rapporto di sovraordinazione, indipendentemente dal *nomen juris*, ossia dalla qualificazione giuridica, non ci si trova di fronte ad

proporsi anche nei casi in cui a norma e per gli effetti dell'art. 2325, comma 2, c.c. e 2462, comma 2, c.c., non siano state rispettate le cautele in tema di conferimenti e pubblicità²³³.

Quindi l'abuso del dominio, comportando l'assunzione indiretta di spese di ammontare indeterminato, come quella derivante dalla responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, finisce con il riverberare i propri effetti anche in ordine alla eventuale violazione delle regole di contabilità pubblica.

Ed allora, come è stato efficacemente notato²³⁴, se il modello della società *in house* richiede un controllo dell'ente sulla società analogo a quello esercitato sui propri servizi (e la sua attività deve riguardare prevalentemente il territorio dell'ente – socio) e se della società poi non rimane neppure più il regime della responsabilità limitata, atteso che – come sottolineato dalla Suprema Corte²³⁵ - neppure si può parlare di distinte titolarità dei patrimoni, ma solo di una separazione dell'unico patrimonio, non si vede perché non ricorrere all'azienda

una società per azioni ma ad un organismo ausiliario dell'ente. Deve escludersi che lo Stato oppure gli enti locali – salvo che non sia espressamente previsto da una specifica norma – possano acquistare la titolarità dell'intero pacchetto originario e ciò non solo per il danno che possa essere arrecato in conseguenza delle perdite subite ma anche in considerazione che la illimitata responsabilità patrimoniale, la quale è correlata all'azionariato unico si pone in contrasto con l'art 81 Cost., per la indeterminatezza dell'incidenza della spesa e della relativa copertura a carico del bilancio dello stato, dell'ente locale e quindi a carico della collettività. La partecipazione totalitaria da parte di un solo ente locale non solo è inammissibile ma va considerata anche come stipulata in frode alla legge perché costituisce un mezzo per eludere l'applicazione della normativa vigente prima e dopo l'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990 n. 142. E' responsabile per colpa in vigilando il sindaco che non abbia controllato il generale andamento della gestione di una s.p.a. e che, quale rappresentante del comune, non abbia adottato alcuna valida ed efficace difesa dei propri interessi e diritti.” (Corte dei Conti, Regione Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015, in *Giorn., dir. amm.*, 2000, p. 235 con nota di DUGATO)

²³³ Adempimenti e cautele previste dagli artt. 2342 e 2362 c.c. per le s.p.a. (anche per i contratti con l'unico socio e le operazioni a suo favore), e dagli artt. 2464 e 2470 per le s.r.l.

²³⁴ Cfr. FIMMANO, *Il fallimento delle “società pubbliche”*, cit., p.22

²³⁵ Cass. SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26823, cit.

speciale che è il modello legislativo rispondente alle finalità di gestione *in house* dell'ente.

La responsabilità derivante da abuso nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è sussidiaria nel sistema concepito dal legislatore: “*Il socio ed il creditore sociale possono agire...solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento*” (art. 2497 comma 3, c.c.)²³⁶.

La disposizione individua un patrimonio, quello della società abusata, che in prima battuta deve far fronte alle pretese risarcitorie dei creditori e soci di quella stessa società.

Il presupposto normativo dell'incapienza del patrimonio della controllata si verifica senz'altro nel caso di insolvenza di quest'ultima, giacchè in tale eventualità – per definizione – la società versa nella condizione di non poter più soddisfare con regolarità le proprie obbligazioni.

Alla ricorrenza di tale presupposto, quindi, certamente potrà essere esercitata l'azione di responsabilità anche nei confronti dell'ente pub-

²³⁶ Invero, l'onere previsto dalla norma non pare esigere una vera e propria preventiva escussione del patrimonio, come ad esempio succede per effetto del disposto di cui all'art 2268 c.c., essendo sufficiente provare di aver chiesto senza successo l'adempimento del debito scaduto. In questo senso RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, p. 543; CARIELLO, *Primi appunti sulla cd. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 336. Contra: SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di ABBADESSA e PORTALE, 3, Milano, 2007, p 961; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario SCIALOJA – BRANCA*, Bologna – Roma, 2005, secondo cui invece la situazione che ne deriva è simile a quella regolata per la società in nome collettivo dall'art 2304 c.c., giacchè il soddisfacimento ex comma 3 corrisponde al pagamento di cui all'art 2304 c.c.

blico controllante, dovendosi ritenere soddisfatto il requisito di sussidiarietà²³⁷.

Anzi l'impressione è che il legislatore, nel prevedere tale disciplina, abbia voluto tutelare i creditori proprio a fronte dell'ipotesi di insolvenza - e dunque di fallimento - della società controllata, per effetto dell'abusiva condotta della controllante.

La norma di cui all'art 2497 c.c. pone soltanto un onere di preventiva escussione del patrimonio della società sottoposta all'altrui dominio (se non può parlarsi di un mero *beneficium ordinis*) che concerne le sole azioni esecutive e non anche quelle di cognizione.

Il curatore (od il commissario straordinario o liquidatore) della società eterodiretta, acquista, a seguito dell'assoggettamento a procedura concorsuale, la legittimazione ad esercitare la sola azione spettante ai creditori, e non anche quella spettante ai soci, nei confronti della *holding*, sulla base di un riferimento normativo espresso: l'art. 2497, ultimo comma, c.c.

Tale azione si configura come un'azione di pertinenza della massa, nel senso che non è di esclusiva spettanza della procedura, visto che poteva essere promossa dai creditori anche prima del fallimento, in

²³⁷ GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento*, in *Dir. fall.*, I, p. 45, dopo aver affermato il carattere sussidiario dell'azione rileva che in presenza di una insufficienza patrimoniale, che costituisce il presupposto della responsabilità verso i creditori sociali, il soddisfacimento di un creditore sociale comporta un aggravamento della posizione degli altri e che "in caso di esercizio dell'azione nel fallimento ad opera del curatore (art 2497, comma 4 c.c.) nell'interesse della collettività dei creditori, il soddisfacimento di tutti i creditori è impossibile: a meno che non sia venuta meno l'insufficienza patrimoniale e quindi lo stesso presupposto dell'azione dei creditori sociali. Il soddisfacimento del socio di minoranza, invece, è ipotizzabile con il solo sacrificio del socio di maggioranza"

quanto diretta al ristoro del pregiudizio patrimoniale che ha colpito i creditori della dominata rimasti insoddisfatti.

Invero, con la stessa si mira a reintegrare il patrimonio sociale, a beneficio della massa indistinta dei creditori sociali, producendo l'effetto di aumentare la massa attiva, indipendentemente dai limiti quantitativi entro cui i creditori se ne avvantaggeranno.²³⁸

Viceversa, deve escludersi ogni legittimazione attiva all'esercizio della relativa azione da parte della società abusata, essendo in fin dei conti la stessa esecutrice delle direttive impartite²³⁹, diversamente da quanto avviene per gli amministratori, o per chiunque abbia preso parte al fatto lesivo che, abbiamo visto, concorrere in solido nella responsabilità con la società dominante, ai sensi dell'art 2497 c.c.

La circostanza che il beneficio della preventiva escussione operi esclusivamente nella fase esecutiva, non pregiudica, pertanto, la possibilità dell'esercizio di un'azione di cognizione volta all'accertamento della condotta abusiva ed alla condanna dell'ente-*holding* al risarcimento dei danni che lo stesso abbia cagionato al patrimonio sociale, prima ancora che l'insolvenza venga giuridicamente accertata: è – infatti – la sola azione esecutiva ad essere subordinata all'incapienza del patrimonio della società abusata²⁴⁰.

²³⁸ Cassazione, 28 marzo 2006 n. 7030, in *Foro it.*, 2006, I, p. 347

²³⁹ Trib. Roma, 13/17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 217. Tuttavia, non necessariamente il danno ai soci o ai creditori della dominata è cagionato dalla holding con la complicità della stessa, come ad esempio nel caso in cui questo derivi dalla interruzione improvvisa delle commesse da parte di un'altra controllata ai danni dell'abusata in virtù delle direttive della medesima capogruppo (GALGANO, *Direzione e coordinamento*, cit., p. 120)

²⁴⁰ Cfr. tra le altre, Cass., 12 aprile 1994 n. 3393; Cass., 8 settembre 1986 n. 5479, in *Società*, p. 1987, p. 15 e ss.; Cass., 16 aprile 2003 n. 6048.

Sarà allora ben possibile che l'ente dominante, al fine di mettersi al riparo da possibili azioni di responsabilità, a fronte dell'accertamento della propria condotta abusiva, decida di dotare la dominata dei mezzi necessari a far fronte alla propria situazione debitoria.

E tale incentivo, diretto ad evitare una preordinata ed indotta sottocapitalizzazione dell'abusata, spiega l'apparente incongruità della norma di cui al terzo comma, dell'art. 2497 c.c., laddove il danno ai soci ed ai creditori della dominata è in fin dei conti un danno riflesso del danno al patrimonio sociale²⁴¹.

Come visto in precedenza, l'attività di eterodirezione costituisce un vero e proprio diritto dell'ente pubblico e dei suoi amministratori e talora persino un obbligo, al fine ad esempio dell'affidamento diretto del servizio. La responsabilità nasce dall'abuso ed invero si può abusare solo di una situazione soggettiva attiva di cui si può fare legittimamente uso, "ossia di una situazione di cui si è titolari (per effetto del controllo, nelle sue varie accezioni) e che si estrinseca in diritti o poteri o facoltà. Se non c'è questa posizione attiva non c'è abuso, c'è fatto illecito"²⁴².

La responsabilità dell'ente *dominus* nei confronti dei creditori, che dà origine all'azione di responsabilità ai sensi dell'art 2497 ultimo comma, cod. civ, come abbiamo in precedenza accennato, va inquadrata

²⁴¹ come è stato correttamente evidenziato la norma è diretta a garantire alla capogruppo "una ulteriore via di fuga allo scopo di scansare gli inevitabili riflessi negativi di una iniziativa diretta da parte degli azionisti e dei creditori (pregiudizio reputazionale, diritto di recesso del socio ex art 2497 – quater, comma 1, lett.b)" contenendo i costi degli eventuali abusi (ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit.*, 2008, I, p. 288)

²⁴² Cfr. F. FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, cit ,p. 85.

nell'alveo della responsabilità per inadempimento contrattuale, e non già nell'ambito dell'art 2043 c.c.

Essa, infatti, nasce dalla violazione di uno specifico dovere scaturente da un preesistente rapporto obbligatorio con soggetti determinati, ossia i creditori della società dominata, e non da una violazione del *neminem laedere* nei confronti di un *quisque de populo*.

Va, invero, rilevato che la responsabilità da attività di eterodirezione si configura indipendentemente dalla spendita del nome, e quindi da alcun rapporto negoziale diretto fra i creditori della società dominata e la società dominante²⁴³.

Ciò significa che la responsabilità dell'ente *dominus* nei confronti dei creditori della società dominata in relazione ai debiti ammessi al passivo del fallimento, sorge per il sol fatto dell'abuso dell'attività di direzione in violazione dei corretti criteri di gestione imprenditoriale, a prescindere da qualsivoglia rapporto abbia avuto l'ente con i creditori medesimi.

Nel caso di specie, dunque, l'obbligazione sorge nei confronti di soggetti determinati, ossia i creditori sociali (e per essi il curatore, il liquidatore o il commissario straordinario), identificabili *ex ante* sulla base della loro relazione con la società controllata (il rapporto obbligatorio)

Né tale responsabilità può ridursi ad una sorta di responsabilità da illecito dell'amministratore di fatto "o, comunque ad una responsabilità per poteri di gestione alla prima sostanzialmente parificabile...ove si

²⁴³ Al riguardo già FIMMANO', *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, p. 420 e ss.

consideri che la direzione unitaria presenta contenuti ed articolazioni che non sono in alcun modo coincidenti con quelli che caratterizzano l'amministrazione delle società controllate²⁴⁴.

La responsabilità, in questi casi, nasce dalla violazione di una obbligazione specifica, ossia quella di realizzare l'interesse del gruppo attraverso la direzione delle controllate, obbligazione, quest'ultima che trae la propria fonte dalla rilevanza del gruppo e dall'esercizio dell'attività di direzione unitaria²⁴⁵.

E' allora evidente come di responsabilità contrattuale debba parlarsi, tanto più ove si consideri che funzione precipua della responsabilità contrattuale è proprio quella di tutelare la parte da un rischio specifico nascente da un pregresso rapporto instauratosi fra due soggetti, diversamente da quanto avviene nel caso della responsabilità extracontrattuale in cui solo *ex post*, in seguito al verificarsi del danno ingiusto, è possibile ricostruire una relazione fra due soggetti non altrimenti individuabili *ex ante*.

Dunque, la fonte di rischio si individua nel particolare rapporto di controllo fra società dominante e società dominata, relazione che si instaura per l'effetto di determinati vincoli contrattuali che configurano una situazione di controllo dell'una società nei confronti dell'altra, mentre il rischio da tutelare va individuato nel possibile danno derivante dal depauperamento del patrimonio della controllata che, a sua

²⁴⁴ Così già MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de iure condendo; i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p.409, JAGER, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 817 e ss.

²⁴⁵ Trib. Milano, 22 gennaio 2001, cit., 2001, p. 1143

volta, costituisce la garanzia patrimoniale di quanti (la massa dei creditori) viene in contatto con la società stessa.

Ecco, allora, che per il tramite della intermediazione del patrimonio societario della controllata, la condotta abusiva della controllante viene a ledere direttamente gli interessi dei creditori di quest'ultima società. E non a caso l'art. 2497 comma primo c.c. qualifica e configura il danno sofferto dai soci e dai creditori della controllata come diretto e l'ultimo comma attribuisce una legittimazione ad un'azione di pertinenza e non di massa²⁴⁶.

L'esercizio abusivo di un diritto si colloca fuori dalla sfera individuata da quel diritto, ma non per questo la conseguente responsabilità può essere semplicisticamente ricostruita in termini di responsabilità per fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*

È stata ritenuta²⁴⁷ condivisibile l'impostazione di chi, pur escludendo che nella fattispecie si configuri una responsabilità *ex contractu* in senso proprio, individua nell'abuso della direzione e del coordinamento una violazione di obbligazioni specifiche (art. 1173 c.c.) e che nel sistema dell'art. 1218 c.c. è da qualificare comunque come contrattuale²⁴⁸.

²⁴⁶ Così GIOVANNINI, *La responsabilità per direzione e coordinamento*, in *Dir. fall.*, cit., p. 116 e ss.

²⁴⁷ Cfr. F. FIMMANO, *Il fallimento delle "società pubbliche"*, pp. 87-88.

²⁴⁸ Su punto si veda Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. Comm.*, 2000, 11, p. 167, con nota di ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*; in *Giur. it.*, 2000, I, p. 770 e ss. con nota di GIUDOTTI, *Amministratore di fatto e "negotiorum gestio"*, in *Resp. Civ.*, 1999, p. 1319, con nota di BALZARINI, *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*. La Suprema Corte sottolinea che il discrimine fra i due tipi di responsabilità "va ricercato (non già nella fonte, ma), nella natura della situazione giuridica violata: se si tratta di obbligazioni, anche se non derivanti da contratto, la violazione dà luogo a responsabilità contrattuale"

La responsabilità da abuso del dominio è una responsabilità da attività e non da atti, una sorta di responsabilità oggettiva assimilabile a quella prevista dall'art. 2050 c.c. per l'esercizio di attività pericolosa e più rigorosa di quella derivante dalla violazione per colpa di un dovere di condotta. Il *dominus*, che ha il potere-dovere della direzione e del coordinamento, deve adottare tutte le misure e le cautele previste dalla legge in caso di dominio per evitare il danno.

D'altra parte, il legislatore con l'art. 2050 c.c. non intese solo riaffermare il principio dell'art. 2043 c.c. aggiungendo l'inversione dell'onere della prova, ma volle dettare un tipo di responsabilità più rigorosa della mera responsabilità per colpa, per rischio tipico di attività per le quali è necessaria l'adozione di specifiche misure di salvaguardia.

Applicando tali principi alla responsabilità infragruppo, ne deriva che l'esercizio da parte dell'ente *-holding* di attività amministrativa, sia pure non relativa all'ordinaria gestione della società ma finalizzata all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti della controllata, deve seguire tutte quelle regole di correttezza e quelle cautele previste dagli artt 2497- bis e ss. al fine di evitare danni nei confronti della società dominata, derivandone in caso di violazione di tali obblighi, di fonte sia contrattuale che legale, una responsabilità di matrice contrattuale e non extracontrattuale²⁴⁹.

²⁴⁹ Propendono per la qualificazione in termini di responsabilità contrattuale, RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 331; ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit.*, 2008, I, p. 29; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*,

L'assimilazione della responsabilità in oggetto a quella per l'esercizio di attività pericolose, ai sensi dell'art 2050 c.c., produce una serie di conseguenze sul piano squisitamente applicativo, a cominciare dai termini di prescrizione, alle eccezioni proponibili, alla quantificazione del danno risarcibile, fino alle regole di riparto dell'onere della prova. Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto, l'inquadramento della responsabilità in oggetto nell'alveo dell'art 1218 c.c., consente di alleggerire, in favore dei creditori, un onere della prova altrimenti assai difficile da soddisfare.

Va, infatti, rimarcato che nel caso di responsabilità contrattuale, il creditore attore dovrà limitarsi alla sola allegazione dell'inadempimento, mentre incomberà sul convenuto l'onere della prova del puntuale adempimento; ciò in virtù del principio di vicinanza della prova.

E' evidente come una tale regola di riparto dell'onere della prova, se calata nello specifico contesto esaminato, si riveli quanto mai opportuno laddove si ponga mente alla circostanza che spesso le direttive in cui si sostanzia l'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordi-

2003, I, p. 670; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, p. 538; GIUZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2005, p. 342. Nel senso della natura extracontrattuale, invece, SBISA', *Sub art 2497 c.c.*, cit.; Id., *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. Impr.*, 2009, pagg. 807 e ss.; PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *N. giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 357; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario SCIALOJA – BRANCA*, Bologna – Roma, 2005, pagg. 95 e ss; Id., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, 1, terza ed., Padova, 2006, pagg. 320 e ss.; CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano, 2003, pagg. 193 e ss. Nel senso, infine, della natura contrattuale della responsabilità verso i soci ed extracontrattuale di quella verso i creditori, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 160

namento da parte dell'ente, possono essere informali e confidenziali e, dunque inaccessibili ai creditori.

Né, tantomeno, gli amministratori della controllata avrebbero interesse a disvelare tali retroscena, attesa la possibile concorrente responsabilità dagli stessi assunta nella insolvenza della società.

Viceversa, ove si trattasse di mera responsabilità da fatto illecito, incomberebbe sul creditore attore l'onere della prova, oltre che del danno, della condotta illecita e del nesso di causalità fra la stessa ed il danno (nel caso di specie fra le direttive impartite e la insolvenza della società)

Applicando i criteri di responsabilità contrattuale, invece, il curatore (o i singoli creditori) saranno esonerati dal provare l'inadempimento, restando a carico dell'ente la prova di aver impartito direttive nell'effettivo interesse della controllata, senza aver violato i criteri di corretta gestione ed avendo adottato tutte le cautele atte ad evitare il danno²⁵⁰.

3. L'assoggettabilità della società in mano pubblica al concordato preventivo ed alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

²⁵⁰ Si veda sul punto GIOVANNINI, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, cit., che, nel commentare l'art 2497 – ter c.c., riconosce che la tecnica della motivazione utilizzata nei gruppi è simile a quella già adottata per ciò che attiene alla esclusione o limitazione del diritto di opzione. Sempre nel senso dell'accostamento all'obbligo motivazionale previsto per l'esclusione del diritto di opzione, GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1033

Il problema dell'assoggettamento a procedure concorsuali delle società in mano pubblica si ripresenta con riferimento al concordato preventivo.

I differenti esiti applicativi cui possono condurre le tesi ricostruttive sopra illustrate, ed in particolare la tesi tipologica pubblicistica e la tesi funzionale, risultano ancor più evidenti laddove le stesse vengano adoperate per dare soluzione al problema dell'accesso delle società in mano pubblica alla cd. procedure concorsuali minori, quali il concordato preventivo e le altre procedure di composizione della crisi, di cui alla legge n. 3 del 27 gennaio 2012.

Ed infatti il dato normativo di cui all'art 1 l. fall. porta ad escludere la possibilità di accesso anche alla procedura concordataria ove venga prescelto un approccio attento alla sola qualificazione tipologica della società.

Laddove quest'ultima, infatti, sulla scorta della tesi tipologica pubblicistica, venga qualificata come ente pubblico in virtù della rilevanza dei requisiti di pubblicità "sostanziale", verrà esclusa sia dalla soggezione alla procedura fallimentare che da quella concordataria.

L'art 1 l.fall., infatti, nel prevedere che "sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici", esonera gli "enti pubblici" tanto dal fallimento, quanto dal concordato preventivo, senza la possibilità di operare alcuna distinzione tra le due procedure in punto di presupposto soggettivo.

Ad analoga conclusione deve, per altra via, pervenirsi anche nel caso in cui si neghi in capo alla società la qualifica di imprenditore commerciale, in ragione della particolare natura dell'attività in concreto esercitata, sul presupposto del carattere non industriale o commerciale dell'interesse perseguito e della mancanza di un mercato concorrenziale di riferimento nel settore di operatività della società stessa.

A diversi esiti interpretativi, invece, addiviene la tesi funzionale, che nega l'assoggettabilità a fallimento, come visto in precedenza, delle sole società che gestiscano servizi pubblici essenziali, in ragione del possibile conflitto in tali casi emergente, fra l'interesse pubblico alla continuità del servizio stesso e le conseguenze della procedura fallimentare.

Come si è visto, il predetto conflitto riposa sulla interruzione del servizio pubblico che inevitabilmente si accompagnerebbe, giusta la previsione dell'art 42 l. fall., alla dichiarazione di fallimento con conseguente immediato spossessamento dei beni in danno della fallita, nonchè sulla considerazione che in tali casi, le prerogative legislativamente previste in capo agli organi della procedura, determinerebbero una illegittima traslazione in capo all'autorità giudiziaria di poteri e scelte di carattere squisitamente amministrativo, riserva rigorosa della pubblica amministrazione.

Sarebbe, infatti, rimessa alla curatela la scelta di proseguire nell'esercizio del servizio pubblico, disponendo, ai sensi dell'art 104 l. fall., l'esercizio provvisorio dell'impresa ovvero l'affidamento a terzi, attraverso lo strumento dell'affitto di azienda, della gestione di un

servizio pubblico essenziale, ex art 104 bis l. fall., per di più prescindendo dal previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica. Orbene, tali criticità non sorgerebbero nel caso di accesso alla procedura di concordato preventivo.

Senz'altro nel caso di concordato con continuità aziendale, non si porrebbe né un problema di spossessamento da parte della società debitrice (ex art 167 l. fall.), né l'interruzione di un pubblico servizio avente carattere essenziale, né si porrebbe un problema di rimessione in capo all'autorità giudiziaria del potere di scelta in ordine alla sorte del complesso aziendale, tale profilo trovando la sua disciplina nel piano ex art. 161, comma 2, lett. e), l.fall., redatto dallo stesso debitore, e sul quale il Tribunale si limita ad effettuare un mero controllo di legittimità, senza entrare nel merito della fattibilità economica delle soluzioni proposte.

Con particolare riferimento al concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 *bis* l.fall., l'ammissione alla procedura si rivelerebbe addirittura di giovamento all'interesse pubblico alla continuità del servizio, che non solo non subirebbe interruzione, ma anzi beneficerebbe del divieto di azioni esecutive individuali, dalla possibilità di una definizione concordataria della pregressa esposizione debitoria e dalla espressa previsione della continuazione, a determinati requisiti, dei contratti pubblici.

Anche da tale profilo, quindi, non si incontrerebbero ostacoli all'accesso alla procedura concordataria da parte della società, ma - al contrario - tale soluzione si presenterebbe come preferibile proprio ai

fini della tutela di quell'interesse pubblico in ragione del quale la medesima società in mano pubblica dovrebbe essere sottratta al fallimento.

Non v'è quindi ragione per escludere le società in mano pubblica dall'accesso alla procedura concordataria.

Ma, a ben vedere, anche il concordato preventivo meramente liquidatorio non sembra porsi in rapporto di incompatibilità con la tutela dell'interesse pubblico.

Vero è che il concordato "liquidatorio" non prevede la prosecuzione dell'attività d'impresa, ma in tal caso la scelta sarebbe rimessa alla stessa società in sede di piano concordatario e non imposta dal Tribunale mediante la dichiarazione di fallimento.

Ciò farebbe presupporre che tale soluzione sia stata ben meditata e ponderata e, presumibilmente anche condivisa dall'ente pubblico che esercita l'attività di direzione e controllo cui, pertanto, verrebbe rimessa la scelta di non proseguire nell'attività aziendale, in armonia con il fisiologico riparto di poteri.

Non si dimentichi, infatti, che la legittimazione alla presentazione della domanda di concordato è attribuita unicamente al debitore, al quale spetta in via esclusiva la scelta di fare ricorso alla procedura concordataria.

"Si è in presenza, quindi, di una fattispecie sotto alcuni profili assimilabile a quella dello scioglimento anticipato per deliberazione dell'assemblea (art. 2484, comma 1, n. 6, c.c.) e senza autorizzazione all'esercizio provvisorio (art. 2487, comma 1, lett. c, c.c.); in ambedue

i casi, l'interruzione dell'attività d'impresa è conseguenza di una scelta "volontaria" della società.²⁵¹»

Logico corollario delle considerazioni che precedono, è il riconoscimento della possibilità per le società in mano pubblica di fare ricorso anche allo strumento del concordato preventivo.

Tale ragionamento, tuttavia, mostra la corda nel momento in cui si ponga mente al fatto che la stessa teoria funzionale è costretta, per evitare l'aberrante conseguenza della sottrazione al fallimento anche di società interamente private (della cui fallibilità, invero, non si è mai neppure lontanamente dubitato), a recuperare in qualche modo il momento pubblicistico della teoria tipologica, richiedendo per l'applicazione dell'art 1 l. fall. la ricorrenza di quegli indici sintomatici della pubblicità sostanziale della società, enucleati dalla giurisprudenza di merito e di legittimità ed in precedenza ricordati.

Non si comprende, allora, come possa superarsi lo sbarramento normativo della predetta norma laddove esclude gli enti pubblici anche dall'accesso al concordato preventivo, proprio sotto il profilo del presupposto soggettivo.

D'altra parte, l'affermazione che le società in mano pubblica "necessarie", pur esenti da fallimento, possano essere ammesse alla procedura di concordato preventivo accentua un profilo di "privilegio" in favore delle stesse, che sembra porsi in contrasto con l'evoluzione normativa in argomento.

²⁵¹ G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Il Fallimento*, 5/2014, p. 503

Problematica è anche la soluzione in ordine alla possibilità che le società in mano pubblica possano ricorrere alle procedure di composizione della crisi ai sensi della L. 27 gennaio 2012, n. 3.

Laddove si adotti un criterio tipologico di tipo “pubblicistico”, l’esonero da fallimento e da concordato preventivo conduce, inevitabilmente, a riconoscere la possibilità di far ricorso alle procedure “volontarie” di composizione della crisi, vertendosi appunto in “situazioni di sovra indebitamento non soggette e non assoggettabili a procedure concorsuali diverse” da questa. Diversamente, l’adozione del criterio “funzionale” comporta, come visto, il riconoscimento della possibilità di accedere alla procedura di concordato preventivo, con conseguente preclusione rispetto alle procedure previste dalla L. n. 3/2012.

4. Il caso di Bagnolifutura S.p.A.

4.1. Il fatto.

Il 29 maggio 2014 il Tribunale di Napoli ha dichiarato il fallimento della società di trasformazione urbana Bagnolifutura S.p.A., partecipata dal Comune e dalla Provincia di Napoli e dalla Regione Campania, che era già stata posta in liquidazione dal febbraio dello stesso anno.

La sentenza si rivela di grande interesse sia per la vicenda che ne è oggetto, stante la rilevanza pubblica del progetto di riqualificazione

del territorio che la società avrebbe dovuto realizzare, sia per le questioni giuridiche affrontate dai giudici, di stretta attualità, concernenti la disciplina applicabile alle società pubbliche.

Nel 2002 il Comune di Napoli costituì, con la partecipazione minoritaria della Provincia di Napoli (2,5%) e della Regione Campania (7,5%), la S.T.U. Bagnolifutura S.p.A., avente per oggetto e scopo sociale la bonifica, la riqualificazione e la trasformazione urbana delle aree dei quartieri napoletani di Bagnoli e Fuorigrotta, sulle quali sorvegliano in passato stabilimenti siderurgici (Ilva, successivamente Italsider ed Eternit), dismessi dai primi anni novanta.

La società avrebbe dovuto completare i lavori di bonifica dei suoli, già parzialmente eseguiti in precedenza da una società dell'IRI, la Bagnoli S.p.A., progettare e realizzare gli interventi di riqualificazione previsti dal Piano Urbanistico Esecutivo (PUE) Bagnoli-Coroglio, infine commercializzare i suoli destinati ad impieghi privati e gestire le opere pubbliche realizzate.

Tuttavia, una serie di circostanze avverse nel corso degli anni ha ritardato la realizzazione del progetto Bagnolifutura, finendo per metterlo in crisi definitivamente nel febbraio 2014, quando la società, fortemente indebitata e bisognosa di una ricapitalizzazione che il Comune di Napoli non poteva sostenere, è stata posta in liquidazione; a ciò ha fatto seguito la dichiarazione di fallimento, su ricorso presentato dalla creditrice Fintecna S.p.A.

Come visto ampiamente in precedenza²⁵², le società di trasformazione urbana costituiscono lo strumento normativo approntato dal legislatore per consentire ai Comuni, nell'esercizio della loro funzione di governo del territorio, di svolgere in modo efficiente e con l'ausilio degli altri enti territoriali, l'attività di recupero, valorizzazione e riqualificazione di aree urbane in condizioni di degrado, perché in stato di abbandono o perché oggetto di dismissione di precedenti attività industriali.

Ciò servendosi di uno strumento, la società per azioni a partecipazione pubblica (anche non maggioritaria), che si presenta più agile e duttile e che consente, anche grazie all'apporto di capitali privati, una più efficiente ed efficace azione di recupero e riqualificazione delle aree interessate, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti.

A tale categoria tipologica appartiene anche la società Bagnolifutura S.p.A. la quale, pertanto, rinviene la propria fonte di disciplina normativa nell'art 120 T.U.E.L. e nell'art 36 della L. R. Campania 16/2004. L'iniziativa per la costituzione di società di trasformazione urbana, che - ricordiamo - devono avere la forma giuridica di società per azioni, spetta a Comuni e Città metropolitane, con l'eventuale partecipazione anche di Province e Regioni. Inoltre, al fine di favorire gli investimenti privati in progetti ed opere di interesse pubblico, tali società possono aprirsi alla partecipazione anche di soci privati, realizzando un partenariato pubblico/privato; in tal caso gli azionisti privati devono essere selezionati tramite procedura di evidenza pubblica.

²⁵² Cfr. Capitolo II, par. 1

Ed anzi, come si è avuto in precedenza ampiamente modo di argomentare, in tale aspetto vengono riposte le maggiori aspettative di successo del modello delle S.T.U., in quanto in grado di attrarre investimenti privati e di consentire, attraverso una opportuna scelta del partner privato, l'apporto alla società di specifiche competenze nel settore di riferimento.

Tali considerazioni non possono che indurre perplessità nei confronti della previsione contemplata nell'art 25 della L. R. Campania 16/2004, nella parte in cui prevede che la S.T.U. Bagnolifutura sia costituita da un capitale interamente pubblico²⁵³, benché non sia preclusa, in ipotesi, la partecipazione di soggetti privati; questo aspetto è regolato dalla Convenzione stipulata con gli enti locali soci.

Ed infatti è previsto che tra gli azionisti e la S.T.U. deve essere stipulata una Convenzione per disciplinare obblighi e diritti reciproci delle parti, al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi che hanno portato alla costituzione della società.

L'art. 3 dell'originaria Convenzione²⁵⁴, risalente al 2002, prevedeva che, a seguito della definitiva ed integrale acquisizione al patrimonio della società delle aree di Bagnoli oggetto di bonifica, la società avrebbe dovuto aprirsi alla partecipazione di soci privati scelti con procedura di evidenza pubblica, deliberando un aumento del capitale so-

²⁵³ Ed invero sullo stesso sito della società era indicato che “il pacchetto azionario della S.T.U. è integralmente detenuto dagli Enti Territoriali Comune di Napoli (90%), Regione Campania (7,5%) e Provincia di Napoli Città Metropolitana (2,5%)”

²⁵⁴ L'originario art. 3 della Convenzione prevedeva: “1. A seguito della definitiva acquisizione al patrimonio della società dell'area di Bagnoli attualmente oggetto di bonifica, anche mediante conferimento delle stesse da parte dei proprietari [...], e della conclusione della procedura di selezione dei soci privati, la società è obbligata a deliberare un aumento del capitale sociale, con rinuncia dei soci al diritto di opzione al fine di assicurare la presenza di soci privati nella compagine sociale...”.

ziale con esclusione del diritto di opzione, e fissava la nuova misura delle quote di partecipazione degli azionisti pubblici e privati.

Tale previsione non è mai stata attuata.

Il nuovo art. 3 della Convenzione²⁵⁵, modificata nel 2012, si limita, invece, a prevedere la possibilità che alla compagine societaria partecipino soci privati, previa deliberazione del Consiglio Comunale di Napoli, secondo le modalità previste dalla legge e nel rispetto dell'art. 36, L. R. Campania 16/2004, che richiede la prevalenza del capitale pubblico.

Quanto agli immobili interessati dagli interventi, gli stessi devono essere individuati con delibera del Consiglio Comunale, che equivale, ai sensi dello stesso art 120 T.U.E.L., a dichiarazione di pubblica utilità, ed acquisiti dalla S.T.U. che sugli stessi opererà l'attività di recupero e riqualificazione, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti.

Come si è già visto, infatti, la possibilità di affidare alle S.T.U. la predisposizione dello strumento di pianificazione esecutiva parrebbe esclusa dall'espressa previsione di cui al comma 1 dell'art 120 del T.U.E.L.

La *ratio* di tale limitazione sembra evidente. L'apporto pianificatorio della società potrebbe risolversi in una vistosa commistione tra pianificazione generale e attuativa e fase di gestione dell'intervento: si dovrebbe, infatti, ammettere che l'attività di progettazione effettuata dal-

²⁵⁵ Il nuovo art. 3 della Convenzione stabilisce: "La società, previa deliberazione del Consiglio comunale di Napoli, può aprire la propria compagine a soci privati con le modalità previste dalla legge e nel rispetto di quanto disposto dall'art. 36 della Legge della Regione Campania n. 16/2004, in ordine alla prevalenza della partecipazione pubblica al capitale sociale".

la stessa società possa investire, in difetto di una precisa localizzazione dell'intervento nel piano regolatore generale, anche la concreta individuazione delle aree e la determinazione del futuro assetto urbanistico ed edilizio delle stesse, *sub specie* di integrazione del piano regolatore medesimo.

Inoltre – e ciò sembra suscitare non poca apprensione – il movente utilitaristico che caratterizza le società di trasformazione urbana – essendo le scelte societarie preordinate alla produzione di un reddito in grado di remunerare i soggetti che vi partecipino – troverebbe un *humus* idoneo nella determinazione, in sede di pianificazione attuativa, degli ambiti dell'intervento. Ed anche se la proposta di piano esecutivo debba esser condivisa dal Comune attraverso una valutazione di conformità all'interesse pubblico della sistemazione urbanistica ivi prefigurata – ed eventualmente approvata dall'Amministrazione preposta al controllo, in ipotesi di variante al P.R.G. – non può non restare senza rilievo la circostanza che una valutazione siffatta si sia innestata su di un disegno pianificatorio incentrato sulla remuneratività dell'intervento e perciò, anzitutto, rispondente a tale specifico interesse.

Né può trascurarsi che, nell'ipotesi in cui la proposta di pianificazione di dettaglio assuma una delle forme giuridiche previste dalla disciplina normativa dettata in materia di pianificazione integrata, il rischio che gli interessi pubblici generali, tutelati nelle prescrizioni di P.R.G., possano essere compromessi dal potere invasivo dei programmi riconducibili all'iniziativa della società interessata si appalesa assai più evidente.

Viceversa la L. R. Campania n. 16/04, nel prevedere all'art 27 la S.T.U. fra i soggetti proponenti i piani urbanistici attuativi, pone non pochi problemi di compatibilità con il limite di cui all'art 120 T.U.E.L., sebbene tale previsione si accompagni, come detto, alla partecipazione interamente pubblica della società.

Antinomia che, tuttavia, deve ritenersi più apparente che reale, atteso che la norma non può che essere interpretata nel senso del riconoscimento di un potere comunale di modifica e/o di integrazione della proposta privata, giacché l'esercizio della funzione di pianificazione attuativa resta pur sempre incardinato nell'Ente locale, sussistendo in capo al soggetto privato una mera facoltà di iniziativa qualificata. L'acquisizione degli immobili, poi, può avvenire consensualmente o tramite procedure espropriative ad opera del Comune. Quando gli immobili appartengono agli enti locali, possono essere conferiti alla società anche a titolo di concessione.

Con riferimento specifico ai diritti vantati da Bagnolifutura sulle aree oggetto di bonifica al momento della sua costituzione, per la parte che non era ancora nella disponibilità del Comune di Napoli la società stessa aveva il compito di acquisire le aree, mentre, per le aree che già appartenevano agli enti locali, questi erano, secondo la previsione originaria dell'art. 2 della Convenzione²⁵⁶, obbligati a garantirne la disponibilità alla società a titolo di concessione.

²⁵⁶ L'art. 2 della Convenzione, alla lettera *b*), prevedeva: "Gli enti pubblici azionisti si impegnano a conferire a titolo di concessione alla società, entro sei mesi dalla costituzione, le aree di loro proprietà incluse nella perimetrazione".

Tuttavia, poco dopo il Comune di Napoli dispose diversamente, obbligandosi a conferire in proprietà le aree che nel frattempo aveva acquistato dalle società Cimimontubi S.p.A. e Mededil S.p.A.²⁵⁷

Insieme a tali aree, Bagnolifutura assunse la posizione debitoria per il pagamento del relativo prezzo nei confronti prima delle suddette società cedenti e successivamente di Fintecna S.p.A., che aveva rilevato i loro crediti: debito mai estinto e che è stato in parte causa del recente fallimento.

4.2. Le questioni affrontate dalla sentenza di fallimento.

La dichiarazione di fallimento di Bagnolifutura ha avuto quale presupposto l'accertamento, oltre che dello stato di insolvenza, della sussistenza in capo a tale società del requisito soggettivo di fallibilità dell'art. 1 legge fallim.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto che l'esonero dal fallimento prevista per gli enti pubblici (art. 1, comma 1, legge fallim.) non possa essere esteso ad una società a partecipazione pubblica, come Bagnolifutura, così rigettando le argomentazioni della difesa della società.

²⁵⁷ Tra le premesse alla nuova Convenzione si legge: "con delibera consiliare n. 265 del 2 agosto 2002, il Comune di Napoli ha deciso di modificare l'art. 2 della Convenzione, introducendo l'obbligo del Comune di Napoli di conferire in proprietà alla società le aree oggetto degli interventi di bonifica – acquisite dalla CIMIMONTUBI S.p.A. e dalla MEDEDIL S.p.A. (Gruppo Fintecna S.p.A.) – unitamente alla posizione debitoria nei confronti di queste ultime; – in data 16 dicembre 2002 l'assemblea straordinaria della società ha deliberato di aumentare il capitale sociale ad euro 62.291.529, da liberare mediante conferimento delle aree di cui al precedente capoverso da parte del Comune di Napoli e mediante conferimenti in danaro da parte della Regione Campania e della Provincia di Napoli".

Quest'ultima, come risulta dalla sentenza, assumeva che l'esonero *de quo* trovasse applicazione anche nei confronti di enti a forma privata ma sostanzialmente pubblici e che Bagnolifutura fosse di tal specie in quanto riconducibile al modello delle società *in house* e, comunque, in quanto società esercente un'attività di servizio pubblico. In altre parole, il rapporto di scarsa autonomia e quasi di immedesimazione con l'ente pubblico socio di maggioranza, caratterizzante le società *in house*, ed il tipo di attività svolta, finalizzata alla cura di interessi di carattere generale, insieme o in alternativa tra loro avrebbero reso Bagnolifutura una società avente natura pubblicistica e di conseguenza non fallibile.

La tesi non è stata condivisa dai giudici; essi, al contrario, hanno confermato la fallibilità di tutte le società in mano pubblica ed anche di quelle *in house*.

Peraltro, i giudici hanno escluso di poter qualificare Bagnolifutura come società *in house* e ciononostante hanno riservato particolare attenzione al tema. In particolare, il collegio ha colto l'occasione per prendere le distanze da quella parte della giurisprudenza fallimentare che esclude la fallibilità delle società *in house* sulla scorta di una loro qualificazione come enti pubblici.

Corrente giurisprudenziale che sembra aver trovato nuovo vigore dalla già richiamata sentenza delle Sezioni Unite²⁵⁸ che, chiamata a pronunciarsi in ordine al riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli organi delle società in mano pubblica, ha

²⁵⁸ Cassazione SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

definito le società *in house* “delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi”: il logico corollario, paventato dai giudici napoletani, sembrerebbe l’esclusione dal fallimento delle società *in house*, degradate da persone giuridiche ad appendici dell’ente pubblico socio. Il collegio partenopeo, tuttavia, ha con decisione respinto tale conclusione, circoscrivendo la portata della pronuncia menzionata alla sola materia che l’ha occasionata, ossia individuare la giurisdizione della Corte dei Conti, sottolineando l’impossibilità, nel silenzio dei giudici di legittimità sul punto, di inferire dalle argomentazioni svolte un principio di più vasta portata, quale quello della non assoggettabilità al fallimento delle società *in house*.

Il Tribunale di Napoli afferma invece che “in mancanza di un chiarificatore intervento legislativo non può che mantenersi fermo il *principio generale* della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria [...], dovendosi ritenere che la sentenza della Sezioni Unite abbia *valenza settoriale* e cioè limitata al solo fine di qualificare un grado di dipendenza degli amministratori della società partecipata”²⁵⁹.

Neppure ha trovato accoglimento da parte del Tribunale di Napoli l’argomentazione secondo cui sarebbe il tipo di attività, in particolare quella di servizio pubblico essenziale, ad escludere la società che la esercita dal fallimento; ha prevalso infatti la considerazione che il legislatore abbia riguardo, ai fini dell’esclusione, soltanto alla natura

²⁵⁹ Tribunale di Napoli, sentenza n. 186 del 29 maggio 2014

pubblica dell'imprenditore e non alla natura dell'attività, ponendo un requisito soggettivo di fallibilità (art. 1 legge fallim.).

Nella sentenza in oggetto, dunque, per un verso si riafferma il principio generale della fallibilità delle società pubbliche, ammessa dall'opinione tradizionale e prevalente ma di recente disconosciuta, almeno come regola generale, da orientamenti innovativi che, piuttosto, distinguono in funzione del tipo di società pubblica e/o dell'attività esercitata; per altro verso, si affronta *funditus* il problema con specifico riferimento alle società *in house*, figura dai contorni definitivi variabili e problematici a causa dell'origine giurisprudenziale della stessa e delle finalità settoriali per le quali essa fu identificata, individuandone i caratteri essenziali, per poi ribadire - in difetto di un intervento legislativo sul punto - la assoggettabilità al fallimento.

4.3. *La non riconducibilità di Bagnolifutura al modello in house.*

Con riferimento al caso specifico, i giudici del Tribunale di Napoli ritengono che non sussistano i presupposti individuati dalla giurisprudenza di legittimità per qualificare Bagnolifutura come società *in house*.

In primo luogo i giudici partenopei si soffermano sul requisito della integrale pubblicità del capitale sociale, inteso anche come divieto assoluto di cessione delle partecipazioni a soggetti privati, risultante dallo statuto della società.

Nello statuto di Bagnolifutura, invero, non è previsto un divieto assoluto in tal senso, mentre nella convenzione stipulata tra la società e gli enti soci è prevista la possibilità di un'apertura della compagine sociale a privati, previa deliberazione del Consiglio Comunale di Napoli.

Ciò, del resto, in conformità col modello generale delle società di trasformazione urbana, per le quali la norma dell'art.120 T.U.E.L. espressamente prevede la possibile costituzione in forma di società a capitale misto.

Tale requisito è quindi mancante; ciò basterebbe già ad escludere che si tratti di società *in house*, dovendo i tre requisiti sussistere contemporaneamente.

I giudici, tuttavia, passano ad analizzare anche la sussistenza dell'ulteriore requisito del controllo analogo.

Ancora una volta, le disposizioni riguardanti il controllo del Comune di Napoli sull'attività della società sono contenute non tanto nello statuto – che, pure, nell'art. 13 prevede che “l'assemblea ordinaria prescrive al consiglio di amministrazione gli obiettivi e le linee strategiche della sua azione e ne verifica periodicamente l'attuazione. L'inadempimento di tali prescrizioni costituisce giusta causa di revoca degli amministratori dalla carica...” – quanto piuttosto nella Convenzione: quest'ultima infatti, impegnando le parti a realizzare le finalità pubbliche per cui la società di trasformazione urbana fu costituita, regolamenta anche meccanismi che assicurino l'attuazione degli obblighi assunti.

Peraltro, le modalità di controllo del Comune nei confronti di Bagnolifutura previste dalla convenzione – gli amministratori sono tenuti a scadenze semestrali a riferire all’assemblea degli azionisti sull’adempimento degli obblighi imposti dalla convenzione; la società fornisce semestralmente un rapporto di gestione alla Commissione di Vigilanza nominata in seno al Consiglio Comunale, la quale, a sua volta, a questi riferisce – non risultano integrare la penetrante ingerenza nella gestione della società richiesta dal Tribunale ai fini del controllo analogo: “non si configura affatto quel potere di comando direttamente esercitato sulla gestione della società partecipata, ma un controllo indiretto ed esterno sull’operato degli organi della società, che conservano una propria autonomia gestionale, della quale devono poi rendere conto al socio Comune di Napoli che detiene la maggioranza del capitale”²⁶⁰.

In conseguenza di tali rilievi, i giudici dichiarano che l’assetto organizzativo di Bagnolifutura è incompatibile con quello *in house*. Ciò sulla scorta di un’analisi che tenga conto dei requisiti fondamentali che si assumono essere propri delle società *in house*, come delineati dalla giurisprudenza di legittimità, cui il Tribunale di Napoli nel caso concreto mostra di volersi adeguare.

Tuttavia, come rilevato in precedenza²⁶¹, a diverse conclusioni si sarebbe potuto giungere laddove i parametri indicati dalla Corte di Giustizia fossero stati interpretati dalla giurisprudenza interna in termini meno restrittivi, come consentito, del resto, dalla stessa giurispruden-

²⁶⁰ Tribunale di Napoli, sentenza n. 186 del 29 maggio 2014

²⁶¹ Cap I, par. 4

za comunitaria. Ciò sempre che non si voglia convenire sulla ricostruzione della società *in house* come un nuovo “tipo” sociale, benché anomalo rispetto al sistema, e di desumerne effetti disciplinari non previsti e non voluti dal legislatore. Soluzione quest’ultima che, come ampiamente illustrato, non si ritiene in alcun caso di poter condividere²⁶².

Se così è, allora, ai fini di una qualificazione della S.T.U. Bagnolifutura s.p.a. come società *in house*, si sarebbero potuti valorizzare quegli elementi che, se calati nel contesto del nostro ordinamento societario, ben avrebbero consentito di configurare un controllo analogo, ricostruito in termini compatibili con l’ordinamento interno.

Sotto tale profilo si sarebbe potuto valorizzare la concreta mancanza di un attuale proposito di consentire la partecipazione in società a privati e l’influenza comunque determinante sull’attività della società esercitata dal Comune di Napoli, in forza della sua posizione consolidata di socio di maggioranza e, soprattutto, dello strumento pattizio rappresentato dalla convenzione, che vincolava la società al perseguimento di precisi obiettivi.

In realtà, se si ritiene – come pensiamo si debba ritenere – che la società *in house* non possa ricostruirsi, al di là del principio di tipicità, come un nuovo tipo di società non legislativamente previsto, la stessa indagine sulla ricorrenza degli elementi caratterizzanti siffatte società dovrebbe considerarsi superflua al fine di determinare l’applicazione di discipline privatistiche, ivi inclusa quella del fallimento.

²⁶² Cap. I, par. 4

In altre parole, che una società posseda i requisiti per l'affidamento *in house* dovrebbe essere questione che interessa prevalentemente il diritto amministrativo, non potendo riconoscersi al di fuori di tale ambito alcuna valenza classificatoria al suddetto modello.

Alla luce di tutto quanto si è detto, la decisione del Tribunale di Napoli di dichiarare il fallimento della società pubblica di trasformazione urbana Bagnolifutura risulta coerente con il sistema ed in grado di soddisfare le esigenze di certezza giuridica. Una diversa scelta, come sottolineano gli stessi giudici partenopei, sarebbe apparsa arbitraria, in mancanza di un espresso esonero legislativo dal fallimento per le società in mano pubblica (o alcune di esse)²⁶³.

Tuttavia, la particolare natura pubblicistica dell'attività svolta dalla società di trasformazione urbana ed il peculiare regime giuridico dei beni di sua proprietà, assoggettati per effetto della delibera comunale al vincolo di pubblica utilità, hanno determinato, a seguito della dichiarazione di fallimento, problemi operativi tali da ridurre fortemente il grado di soddisfazione complessiva per la procedura.

Infatti, come detto in precedenza, le aree interessate dagli interventi di trasformazione urbana – consistenti nelle attività di bonifica, di progettazione e realizzazione delle opere previste dal piano urbanistico – furono acquisite da Bagnolifutura, in quanto società appositamente costituita allo scopo di eseguire i lavori, *ex art. 120 T.U.E.L.*

La proprietà degli *ex* siti industriali era quindi stata trasferita alla S.T.U. per consentirle di realizzare il progetto pubblico di rilancio di

²⁶³ Tribunale di Napoli, sentenza n. 186 del 29 maggio 2014

Bagnoli: a tal fine l'art. 120, comma 3, T.U.E.L. stabilisce che la delibera comunale con cui si individuano gli immobili oggetto degli interventi equivale a dichiarazione di pubblica utilità degli stessi, anche per quelli non interessati da opere pubbliche.

Sui beni di Bagnolifutura esiste pertanto un vincolo di destinazione pubblicistico, rafforzato dallo stanziamento di fondi nazionali ed europei per il finanziamento dei lavori.

Tale regime giuridico di beni che sono nella titolarità formale di un soggetto privato (la società) e tuttavia risultano assoggettati ad un vincolo di pubblica utilità che li rende indisponibili, si spiega in considerazione del particolare oggetto sociale della S.T.U. che costituisce in larga parte esercizio di funzioni amministrative di spettanza del Comune, il quale ha scelto, con la costituzione della società, di esternalizzare – come visto in precedenza - una parte di tale di tale funzione, quella attuativa, attraverso questa forma organizzativa cui partecipa; proprio in ragione di tanto, infatti, la partecipazione alla società di soggetti privati, pur ammessa ed auspicata, deve restare comunque minoritaria rispetto alla partecipazione degli enti pubblici territoriali (art. 36 L. R. Campania 16/2004).

Ne consegue che l'attivo patrimoniale della S.T.U., in quanto indisponibile, non è liquidabile liberamente in sede fallimentare e la procedura non può svolgersi e/o proseguire con profitto.

Anche i giudici ne sono consapevoli e si riferiscono al patrimonio della società come ad un «patrimonio indisponibile».

Nel contempo, il Comune non può riorganizzare la prosecuzione dei lavori di recupero ambientale che interessano la comunità cittadina, non avendo la disponibilità dei luoghi.

L'*impasse* è stato superato solo grazie all'intervento del legislatore. L'art. 33 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni in L. 11 novembre 2014, n. 164, ha predisposto un nuovo ed articolato modulo organizzativo per i lavori di risanamento e recupero dell'area di Bagnoli, affidando la gestione delle attività ad un «soggetto attuatore» di nomina governativa.

In particolare, per quanto ci interessa, è previsto il trasferimento al «soggetto attuatore», che allo scopo costituisce una società per azioni, della proprietà delle aree e degli immobili di cui è attualmente titolare Bagnolifutura in stato di fallimento; inoltre, «alla procedura fallimentare della società Bagnolifutura S.p.A. è riconosciuto dalla società costituita dal Soggetto Attuatore un importo determinato sulla base del valore di mercato delle aree e degli immobili trasferiti [...] che potrà essere versato mediante azioni o altri strumenti finanziari emessi dalla società, il cui rimborso è legato all'incasso delle somme rinvenienti dagli atti di disposizione delle aree e degli immobili trasferiti» (art. 33, comma 12, D.L. 133/2014).

In questo modo, le aree vengono sottratte all'autorità giudiziaria per ritornare nella disponibilità di un'autorità amministrativa che abbia il potere e la competenza di gestirle. In cambio, la procedura fallimentare riceverà degli importi che possano integrare l'attivo ripartibile tra i creditori; ma le modalità non sono chiare, dovendo il «rimborso» delle

azioni e degli altri strumenti finanziari emessi, cui si riferisce il testo di legge, essere piuttosto configurato come un diritto di «riscatto» attribuito a favore dei portatori dei suddetti titoli.

“La vicenda mostra l’ambivalenza delle società pubbliche e come possa risultare difficile, talvolta, applicare loro la disciplina degli imprenditori privati, pur essendo, o dovendo considerarsi, tali.

Il rigore della logica giuridica si scontra, infatti, con l’inadeguatezza di modelli operativi del diritto privato malamente adattati dal legislatore all’azione della P.A.²⁶⁴”

²⁶⁴ Cfr. L. MACCHIARULO, *Il fallimento di una società pubblica di trasformazione urbana: il caso Bagnolifutura*; in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2/2015, p. 349

Bibliografia

AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2005;

ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit.*, 2008, I, p. 29;

ABBADESSA - PORTALE, *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2007;

ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, nota a Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. Comm.*, 2000, 11, p. 167;

C. ACOCELLA – F. LIGUORI, *Questioni vere (e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, nota ad Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm.-CdS*, p. 740;

ANFUSO, *Condizioni di fallibilità dell'impresa collettiva: basta lo scopo od occorre anche l'effettivo esercizio dell'attività commerciale?*, nota alla sentenza Cass. 26 giugno 2001, n. 8694, in *Fallimento*, 2002, p.609;

BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*, nota a Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fallimento*, 2013, p. 1273;

BALESTRERI, *Considerazioni in tema di società di trasformazione urbana*, in *Rivista giuridica de urbanistica*, parte II, 2006, p. 520;

BALESTRERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati fra discrezionalità amministrativa e autonomia privata. Spunti per un inquadramento giuridico*, in AA.VV., *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*;

BALZARINI, *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*, nota a Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in *Resp. Civ.*, 1999, p. 1319;

BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1969;

BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009;

BERGONZINI, *Le società di “trasformazione urbana”*, in *Riv. Giur. urb.*, 1997;

BERGONZINI, *Le società di trasformazione urbana tra acquisizione “consensuale” degli immobili e “ricorso alle procedure di esproprio”*, in *Dir. della Regione*, 2002;

BERTI, *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche ed imprese*, Bologna, 1994;

BLATTI – MINUTOLI, *Il fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, p. 428;

BOUNOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, p. 14;

BREGANZE, *Le società di trasformazione urbana dopo il “collegato infrastrutture”*, Relazione al convegno su “*Le società pubbliche*”, Venezia (Mestre), 18 ottobre 2002, in *Riv. amm. della Repubblica it.*, 2002, 12, 1264;

BREGANZE, *Le società di trasformazione urbana: prime note*, in *Riv. Giur. urb.*, 1997;

BRUCOLI, *Le società di trasformazione urbana come previste nella legge n. 127/1997 (art 17, comma 59)*, in *Riv. amm. della Repubblica it.*, 1998, 3-4, p.240;

CARANTA, *Ancora in salita la strada per le società miste*, nota ad Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pag. 1119;

CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dello Stato dall'applicazione dell'art 2497, comma 1, c.c. (art 19, comma 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 343 e ss.;

CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1242;

CASSESE, *Tendenze e problemi di diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 909;

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006;

CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1992;

CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, nota a C. giust., 23 novembre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, par. 65 e 69, in *Giust. amm.*, 2005, pag. 1061;

CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano, 2003;

CONTIERI, *Le società di trasformazione urbana come strumento di attuazione del principio di perequazione*, in *Riv. Giur. ed.*, 2004;

COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società pubbliche*, a cura di Ibbamalaguti-Mazzoni, Torino, 2011;

D'ARIENZO, *Le società di trasformazione urbana: uno strumento ordinario di governo del territorio fondato sulla stabile collaborazione tra P.A. ed imprenditori privati*, in *Riv. giur. ed.*, 2006;

D'ATTORRE, *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento* a cura di M. Sandulli, Milano, 2007;

D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fallimento*, 2014, pag. 498;

G. D'ATTORRE, *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio, B. Sassani, Milano, 2014, vol. I;

D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?* in *Fallimento*, 2009;

D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, pag. 869;

D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010;

D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011;

DE CAROLIS, *Scelta degli azionisti privati di una società di trasformazione urbana*, in *Urb. e app.*, 2004;

DE CAROLIS, *S.T.U., pianificazione ed espropriazione: spunti per una ricerca del giusto procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005;

DE CAROLIS, nota alla sentenza del TAR Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280, in *Urbanistica e appalti*, 5/2005, p. 599;

DE FERRA, *In margine alla riforma delle società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, 798 e ss.;

DE LUCIA, *Le società di trasformazione urbana nell'ordinamento italiano (il comma 59 dell'art 17 della leg-*

ge 15 maggio 1997 n. 127), in *Riv. giur. ed.*, 1998, 2, pt. 2, p. 78;

DE MARZO, *Le società di trasformazione urbana*, in *Urb. e app.*, 1997;

DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il cd. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 780 e ss.;

DE NICTOLIS, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 2263 e ss.

DE PRETIS, *Piani integrati e buon andamento dell'Amministrazione*, nota a sent. del 19 ottobre 1992, n. 393, in *Le Regioni*, 1993, 919 ss;

DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, 10;

DI RUSSO, *Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, n. 6, pag. 45;

DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004;

DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. amm.*, 1999;

FAUCEGLIA, *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali* diretto e coordinato da U. D'Apice, I, Torino, 2010;

FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, nota a C. giust., 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pag. 1004;

FIMMANO', *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 910 e ss;

FIMMANO', *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, p. 420 e ss.;

FIMMANO', *Gli effetti del trasferimento d'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul cd. accreditamento istituzionale*, in *Riv. Not.*, 2003, 133;

FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, p. 34;

FIMMANO', *I "Gruppi" nel convegno internazionale di studi per i quarant'anni della Rivista delle Società*, in *Riv. not.*, 1996, p. 522 e ss.;

FIMMANO', *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Dir. fall.*, 2007, 439 e ss.;

FIMMANO', *La crisi delle società di calcio e l'affitto dell'azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, 2006, 3;

FIMMANO', *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 724 e ss.

FIMMANO', *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, p. 1299, nota a Corte di Appello di Napoli, sentenza n. 346 del 27 maggio 2013, in *Fallimento*, 2013;

FIMMANO', *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. Impr.*, 2007, 570 e ss.;

FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Gazz. Forense*, 2014, pag. 12;

FIMMANO', *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè, 2011;

FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011;

FIMMANO', *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 759;

FIMMANO', *Sub art 105*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, Tomo II, Bologna 2006;

FIMMANO', *Sub art 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, Tomo II, Bologna 2006;

FIMMANO', *Sub artt. 104-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, Tomo II, Bologna 2006;

FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, pag. 532 e ss.;

FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2012, pag. 243;

GALGANO, *Commento all'art 1*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge Fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna– Roma, 1974;

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario SCIALOJA – BRANCA*, Bologna – Roma, 2005, pagg. 95 e ss;

GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2006;

GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 2002;

GALLO, *Società di trasformazione urbana*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2005, p.735;

GALLONE-RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*, Milano, 2008;

GAMBARDELLA, *Le società di trasformazione urbana*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di Liguori, Torino, 2007;

GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998;

GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, Roma, VIII ed., 2014;

GARZIA, *Pianificazione urbanistica comunale e società di trasformazione urbana*, in *Riv. Giur. urb.*, 2000;

GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge anti-trust*, Milano, 2002, 201 s.;

GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.*, 1958, pag. 227 e segg.;

GIOVANNINI, *La responsabilità per direzione e coordinamento*, in *Dir. fall.*, cit., p. 116 e ss.;

GIUDOTTI, *Amministratore di fatto e "negotiorum gestio"*, nota Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. it.*, 2000, I, p. 770 e ss.;

GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in www.rivistacorteconti.it;

GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 849 e ss.;

GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento*, in *Dir. fall.*, I, p. 45;

GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2005, p. 342.;

IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società pubbliche* a cura di Ibba, Malaguti, Mazzoni, Torino, 2011;

IBBA, *Le società “legali”*, Torino, 1992, 340;

IBBA., *Le società “legali” per la valorizzazione, gestione ed alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture. Patrimonio dello Stato ed infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II 447;

IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, pag. 5 e segg.;

IBBA, *Tipologia e natura delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, pag. 13 e segg.;

LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995, 51 e ss.;

LA MARCA, *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema delle società a capitale interamente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, pag. 568 segg.;

LEONE, *Società di trasformazione urbana e procedure espropriative*, nota a TAR Veneto, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 4280, in *Foro amm. – TAR* 2004, 12, 3638 ss;

LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, pag. 211 segg.;

- LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Ed. Scientifica, Napoli, 2000, p. 83;
- MACCHIARULO, *Il fallimento di una società pubblica di trasformazione urbana: il caso Bagnolifutura*; in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2/2015, p. 349;
- MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009;
- MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p.191;
- MANTINI, *Le società di trasformazione urbana. Profili giuridici e organizzativi*, in *Riv. trim. appalti*, 1998, 528;
- MARASA', *le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984;
- MARCHETTI, *Controllo e poteri della controllante*, in AA. VV., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, 1556 e ss;
- MASSONE, *L'attività della società per azioni mista*, in *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, a cura di E. Mele, Milano, 2003;
- MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987;
- MAZZONETTO, *Le società di trasformazione urbana: aspetti problematici e prospettive di utilizzo anche alla luce delle nuove tendenze legislative*, in *Dir. della Regione*, 2002;
- MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2003;

- MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de iure condendo; i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p.409;
- NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra nuove e vecchie tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p.999;
- NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003;
- NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, 81 e ss.;
- NOTARI, *Ambito di applicazione delle discipline delle crisi*, in AA.VV., *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008;
- OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 63 e ss;
- OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, pag. 157 e ss.;
- PAGLIARI, *Le società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, p. 88;
- PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in www.ilfallimentarista.it;
- PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *N. giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 357;
- PATTI, *L'affitto dell'azienda*, in *Fall.*, 2007, 1088 e s.;

- PAVONE LA ROSA, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in *I gruppi di società*, Bologna 1982;
- PELLEGRINO, *Fallimento delle società*, Padova, 2007;
- PENTA, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e concordati* a cura di P. Celentano ed E. Forgillo, Torino, 2008;
- PERINI, *I programmi integrati d'intervento: dal modello statale alla disciplina regionale*, in *Riv. giur. Urb.*, 2001, 3-4, p. 451;
- PETRERA, *Clausole statutarie in materia di amministrazione e controllo nelle società in house e miste*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, pag. 632 segg.;
- PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici*; nota ad Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Urb. e app.*, 2008, pag. 1008;
- PIZZA, *Società a partecipazione pubblica e fallimento. Nuovi argomenti in favore della non fallibilità*, in www.ilfallimentarista.it;
- POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 159 e ss., in parti. 184 e ss.;
- RAGUSA MAGGIORE, *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, diretto da Ragusa Maggiore, C. Costa, I, Torino, 1997;
- RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica – Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici ed aziende statali*, Torino, 1997, 102 ss.;

RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 331;

RESTA, *Profili giuridici delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *T.A.R.*, 1983, II, 255;

RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalto di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 361;

ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I;

ROMAGNOLI, *Il socio pubblico, le società di capitali e l'impresa: prospettive ed interferenze*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, II, 87;

ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione in house dei pubblici servizi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, cit., pag. 59;

RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, p. 538;

RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Fallimento*, p.1327;

ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea*, nota a Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Urb. e app.*, 2008, pag. 1008;

- ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in AA. VV., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, p. 1489;
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 670;
- SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, pag. 612 e ss.;
- SALVATO, *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, nota a Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26823, in *Fallimento*, 2014, 33 ss.;
- SANDULLI - POTITO, *Art. 1*, in *La Legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, I, Torino, 2010;
- SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001;
- SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione ed istituti di diritto privato*, in *Contr. Impr.*, 2010, 237;
- SBISA', *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. Impr.*, 2009, pagg. 807 e ss.;
- SCARFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, 446;

SCHIANO DI PEPE, *Subfornitura e controllo societario*, in AA.VV., *Contratti di subfornitura. Qualità e responsabilità*, Milano, 1993;

G. SCOCA, *Il punto sulle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, pag. 241;

SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di ABBADESSA e PORTALE, 3, Milano, 2007;

SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. Pubbl. com.*, 1997, 51 e s.,

SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in FIMMANO', *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011;

SPADA, *La Monte Titoli S.p.a. tra legge ed autonomia statutaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, 552;

STANGHELLINI, *Le società di trasformazione urbana, strumento evolutivo per la gestione di progetti complessi*, in *Riv.trim. appalti*, 1998, 285 ss.;

TEDESCHI, *Le procedure concorsuali*, I, Torino, 1996;

TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006;

URBANI, CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico*, Torino, 1984, p.62;

URBANI, *Trasformazione urbana e società di trasformazione urbana*, in *Riv. Giur. urb.*, 2000, 623;

URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000;

URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2013, pag. 290 segg.;

VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA e PORTALE;

VASTA, *Le società di trasformazione urbana come servizio pubblico*, in *Riv. Giur. urb.*, 2002;

VENTORUZZO, *L'esonazione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1050-1051;

VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 4s.;

VITALE, *Società di trasformazione urbana e riqualificazione urbana nell'urbanistica per progetti*, in *Dir. amm.*, 2004;

JAGER, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 817 e ss.