

## **Indice**

*Premessa*

### Capitolo I

#### **Il sistema fallimentare nell'ordinamento americano**

1. Le fonti del sistema fallimentare americano
2. Le federal government corporations
3. La disciplina degli enti pubblici: la Chapter 9
4. La disciplina delle società private: la Chapter 11

### Capitolo II

#### **Le società pubbliche nell'ordinamento vigente**

1. Il ricorso al modulo societario per l'esercizio di attività pubbliche
2. L'affidamento *in house*: definizione e requisiti
3. I servizi pubblici locali: modalità di gestione e affidamento

### Capitolo III

#### **Società pubbliche e procedure concorsuali**

1. L'esclusione degli enti pubblici dalla soggezione al fallimento
2. La crisi delle società pubbliche: codice civile o legge fallimentare?
  - 2.1. La tesi positiva del "metodo tipologico"
  - 2.2. La tesi positiva del "metodo funzionale"
  - 2.3. La tesi negativa

2.4. Il metodo funzionale come metodo preferibile

2.5. La tesi restrittiva

3. La crisi delle società pubbliche che erogano servizi pubblici

*Conclusioni*

*Bibliografia*

### ***Premessa***

La pubblica amministrazione, talvolta, opera direttamente sul mercato, svolgendo attività di impresa ex art. 2082 c.c., ossia un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

Le modalità attraverso cui tale intervento diretto può realizzarsi sono principalmente due: quello degli enti pubblici economici e quello delle società in mano pubblica.

In particolare, gli enti pubblici economici esercitano esclusivamente o prevalentemente attività economica: si tratta, invero, di un modello, oggi, in gran parte superato (per effetto del processo di privatizzazione che ha investito quasi tutti gli enti pubblici economici<sup>1</sup>) e sostituito da quello delle società in mano pubblica<sup>2</sup>. Agli enti pubblici economici si applica il regime giuridico previsto per l'impresa privata, salvo eccezioni espresse. Tra le eccezioni più rilevanti ai nostri fini, occorre segnalare che l'art. 2221 c.c., nell'individuare i soggetti sottoposti alla disciplina del fallimento e del concordato preventivo, esclude proprio gli enti pubblici economici.

Le società in mano pubblica sono società per azioni in cui lo Stato o altri enti pubblici detengono la totalità o la maggioranza delle azioni, ovvero, un

---

<sup>1</sup> Il D.L. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni in L. 8 agosto 1992, n. 359, recante "Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica", ha trasformato in s.p.a. l'IRI, l'ENI, l'INA, l'ENEL, attribuendo la titolarità delle relative azioni al Ministero del Tesoro.

<sup>2</sup> Invero, prima della privatizzazione, i principali enti pubblici economici operavano soprattutto come *holdings*, infatti essi gestivano le partecipazioni azionarie dello Stato in società di capitali che esercitavano direttamente sul mercato l'attività di produzione di scambio di beni e servizi. Cfr. Chieppa, Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2011, pp. 215 ss.

numero di azioni sufficiente ad assicurare, anche di fatto, il controllo della società.

Alla società in mano pubblica, salvo quanto previsto dagli articoli 2449-2451 c.c., si applica la medesima disciplina prevista per le società in mano privata: ne dovrebbe conseguire che, in caso di insolvenza, non è applicabile l'esenzione dal fallimento e del concordato preventivo che l'art. 2221 cc. prevede per gli enti pubblici economici.

Alcune recenti pronunce giurisprudenziali<sup>3</sup> hanno richiamato l'attenzione degli interpreti sulla questione della sottoposizione a procedure concorsuali delle c.d. società pubbliche.

Il tema appare di particolare interesse non solo in ragione della sua novità ma anche perché rappresenta un'utile occasione per ricostruire il tradizionale dibattito relativo alla natura delle società partecipate dallo Stato e dagli enti pubblici e alla disciplina ad esse applicabile<sup>4</sup>.

Ebbene, nel presente lavoro, partendo dall'analisi dell'attuale panorama normativo concorsuale e degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, si tenterà di comprendere se esista uno "statuto delle società pubbliche in stato di crisi" (ossia una disciplina applicabile esclusivamente alle società pubbliche), oppure se ad esse si debba applicare la normativa prevista in materia di enti

---

<sup>3</sup> Cfr. a mero titolo esemplificativo Trib. Santa Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009, con nota di D'Attorre, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, pp. 715 ss.; App. Torino, 15 febbraio 2010, con nota di D'Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, pp. 691 ss.; Trib. Palermo, 11 febbraio 2010; App. Napoli, Sez. I, 15 luglio 2009; Trib. Velletri, 8 marzo 2010; Trib. Nola, 17 giugno 2010; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009; Trib. Patti, 6 marzo 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011.

<sup>4</sup> Cfr. Fiorani, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. comm.* 2012, 04, pp. 532.

pubblici economici o di società di diritto privato, ovvero – tesi che sembra essere preferibile – giungere alla conclusione che le società pubbliche costituiscono un ibrido del sistema normativo italiano. Con la conseguenza che in caso di crisi delle società pubbliche possono trovare applicazione talvolta le norme dettate dal legislatore in merito agli enti pubblici economici e talaltra le norme previste in materia di società di capitali.

Per rispondere a tali quesiti, si è scelto di suddividere il lavoro in tre capitoli. In particolare, nel primo si analizza il sistema fallimentare americano, con particolare attenzione alle ipotesi di crisi delle società private e degli enti pubblici. Ci si limiterà, invece, a ricostruire brevemente la disciplina delle società pubbliche in America senza soffermarsi, oltremodo, sull'aspetto relativo alla crisi delle stesse: tale scelta si spiega per la ridotta diffusione delle società pubbliche nell'ordinamento in esame, probabilmente per ragioni di politica governativa, tra l'altro, quasi sempre disciplinate da leggi provvedimento. Resta, dunque, opportuno verificare se, ed eventualmente in che termini, nell'ordinamento americano sia avvertita la dicotomia “ente pubblico – società privata” nell'ambito della procedura fallimentare. L'analisi del sistema di diritto fallimentare americano può rappresentare, inoltre, il parametro per interrogarsi sui pregi ed i difetti del sistema italiano<sup>5</sup>. Nel secondo capitolo si esaminano le origini, la disciplina delle società pubbliche e le deroghe normative previste per le stesse rispetto alla disciplina privatistica, in ragione della attività pubblica che esse svolgono. Il terzo, infine, è dedicato

---

<sup>5</sup> I testi per l'analisi dell'ordinamento americano sono stati reperiti presso la Law School dell'Università di Berkeley, California, durante un periodo di VisitingScholar.

all'analisi dei profili concorsuali al fine di verificare se una società pubblica possa essere assoggettata alla disciplina contenuta nella legge fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), ed in caso di risposta affermativa, esaminare a quali condizioni tale normativa possa essere applicata e quali deroghe essa subisce in ragione delle peculiarità proprie delle società in mano pubblica.

## Capitolo I

### Il sistema fallimentare nell'ordinamento americano

SOMMARIO: 1. Le fonti del sistema fallimentare americano – 2. Le federal government corporations - 3. La disciplina degli enti pubblici: la Chapter 9 – 4. La disciplina delle società private: la Chapter 11

#### *1. Le fonti del sistema fallimentare americano*

La normativa fallimentare americana è contenuta, principalmente, in due differenti sezioni dello United States Code: Capo 11 (Bankruptcy Code) e Capo 28 (Judicial Code). Il primo capo contiene la normativa, sostanziale e processuale, relativa sia alla procedura di liquidazione fallimentare sia alla procedura di riorganizzazione aziendale, in un'ottica di going concern. Il Capo 28, invece, contiene le previsioni relative alla gestione giudiziaria della crisi di impresa, disciplinando la giurisdizione e la competenza in caso di fallimento, le ipotesi di incompatibilità ovvero di trasferimento del caso ad altro organo giudiziario, nonché il sistema americano del trustee. Quest'ultimo, del resto, svolge un ruolo decisivo nel sistema in esame poiché, in alcuni casi, si sostituisce al debitore insolvente, mentre in altri si limita a controllarne l'operato.

Il Bankruptcy Code è diviso in 9 sezioni (i.e., Chapters) che, a loro volta, sono suddivise in numerose sub-sezioni. Il Codice prevede e regola 6 differenti tipologie di crisi/fallimento, a seconda sia dello status del debitore insolvente sia del risultato che lo stesso voglia raggiungere a seguito della procedura di ristrutturazione. Ciascuna procedura è disciplinata da un'autonoma sezione del Bankruptcy Code, sebbene sia evidente un ampio utilizzo della tecnica del

rinvio normativo; ancora, ciascuna procedura di riorganizzazione è disciplinata da un'autonoma sezione (i.e., Chapters 7, 9, 11, 12, 13, 15).

La Chapter 7, anche denominata da molti come la “vera procedura fallimentare”, regola la liquidazione dei beni del debitore. Il suo scopo è quello di garantire una giusta ed equa distribuzione dei beni del debitore tra tutti i creditori, nonché garantire al debitore insolvente la possibilità di “ripartire”. Il sistema americano, infatti, offre al debitore la possibilità di “re-start” a condizione che si comporti in maniera fair durante la procedura ed, ovviamente, sempreché non abbia dolosamente o colposamente creato il proprio stato di crisi.

È evidente, dunque, una prima importante differenza tra il sistema americano e quello italiano: mentre nel primo tutte le procedure fallimentari e/o di riorganizzazione dei debiti rappresentano una “opportunità” offerta al debitore insolvente, nel secondo le procedure concorsuali determinano, sostanzialmente, la fine dell'impresa e dell'imprenditore.

La Chapter 9, invece, regola la riorganizzazione delle municipalities <sup>6</sup>. La procedura prevista per la risoluzione della crisi di queste ultime è molto simile a quella dettata per le società (i.e., quella regolata sub Chapter 11) anche alla luce di alcuni rinvii espressi alla normativa citata. Tuttavia, va precisato che anche in presenza di un espresso rinvio, alcune previsioni normative non

---

<sup>6</sup>La Chapter 9 individua le regole che disciplinano la crisi delle municipalities, nell'ambito delle quali rientrano non solo i comuni, ma anche gli ospedali, le contee, gli enti che gestiscono i ponti e le autostrade. La procedura di risoluzione della crisi di tali enti ha come fine la riduzione dell'indebitamento mediante l'attuazione di un piano di risanamento e non contempla, minimamente, la possibilità che l'ente possa essere liquidato. Di tale argomento si tratterà più diffusamente nei paragrafi che seguono

possono trovare applicazione sic et simpliciter in considerazione di alcune peculiarità proprie delle municipalities: si pensi alla previsione di limitazioni dei poteri giudiziari, al potere dello Stato di controllarle ed al potere di sovranità della stessa municipality.

La Chapter 11 è la sezione più rilevante ai fini della nostra analisi dal momento che regola la riorganizzazione dei “debitori commerciali” (i.e., imprenditori), incluse persone fisiche, partnerships, società private, public companies <sup>7</sup>. L’obiettivo della sezione è prevalentemente quello di risanare i debiti e, ove possibile, riavviare il business, piuttosto che liquidare la società. Per tali ragioni è frequente nel sistema americano che un debitore presenti volontariamente domanda di ammissione alla procedura di riorganizzazione, proprio perché essa rappresenta un’opportunità per “azzerare” i debiti e continuare l’attività economica.

La Chapter 12, invece, contiene una disciplina molto specialistica. Essa regola la riorganizzazione o, più precisamente, la procedura di esdebitamento dell’imprenditore agricolo familiare con un reddito annuale stabile. Non rileva lo status giuridico dell’imprenditore, potendo essere sia una persona fisica sia una persona giuridica, ma è necessario che il suo indebitamento non superi un certo threshold e che almeno una percentuale dei propri debiti, proprietà e rendite siano collegate all’attività agricola.

---

<sup>7</sup> Le public companies sono società le cui azioni vengono offerte in sottoscrizione e/o in acquisto attraverso una procedura di collocamento pubblico che consente spesso di ottenere una cd. polverizzazione dell’azionariato.

La Chapter 13 regola la procedura di riorganizzazione delle persone fisiche dotate di una rendita stabile ed i cui debiti non superino un determinato threshold; la Chapter 15 disciplina i casi di insolvenza transfrontaliera (i.e., United Nations' Model Law on Crosser-Border Insolvency); le altre Chapters (1, 3 e 5) contengono, invece, previsioni di applicazione generale<sup>8</sup>.

## ***2. Le federal government corporations***

Nel presente paragrafo verranno delineati in maniera sintetica le principali caratteristiche delle federal government corporations che possono essere definite – in linea di massima – come le società pubbliche federali.

Prima di delineare i contorni delle società pubbliche statunitensi è opportuna una precisazione lessicale. L'istituto delle società pubbliche non corrisponde – come prime facie potrebbe sembrare – alle “public companies”, ma alle federal government corporations. Le prime, infatti, non sono società partecipate dallo Stato o da un altro ente dello Stato, ma società caratterizzate da un azionariato diffuso o, meglio, polverizzato tra una molteplicità di soggetti e dalla quotazione delle azioni. Le federal government corporations, invece, sono società interamente possedute dallo Stato o dalle pubbliche amministrazioni locali. Esse sono costituite con legge che provvede – molto spesso - anche a dettare una compiuta disciplina normativa e sono prevalentemente attive in

---

<sup>8</sup> Nei paragrafi che seguono (cfr. par. 3 e 4) saranno analizzate le previsioni contenute nella *Chapter 9* e nella *Chapter 11*, in coerenza con il tema in esame.

settori strategici dell'economia americana: si pensi ai servizi postali, al servizio idrico, ai servizi finanziari<sup>9</sup>.

Nell'ordinamento americano le società pubbliche hanno avuto una diffusione nettamente inferiore rispetto a quanto accaduto nel nostro paese, anche se negli ultimi decenni, il legislatore federale ha manifestato una rinnovata attenzione sulle stesse<sup>10</sup>.

Le ragioni, come anticipato sono di natura prevalentemente politica oppure di politica economica. Storicamente, infatti, il governo federale ha istituito le *government corporation* per perseguire finalità pubbliche.

Oggi, l'interesse crescente nei confronti delle *government corporation*<sup>11</sup> è dovuto essenzialmente a tre diversi fattori: (i) la sempre maggiore riduzione dei budget federali sta inducendo le agenzie ad individuare nuove fonti di finanziamento ed, in ogni caso, a ridurre le spese di funzionamento<sup>12</sup>; (ii) l'esperienza ha reso evidente che è molto più semplice sottrarre una società,

---

<sup>9</sup> Sulle *government corporations* si rinvia a paragrafo 2.

<sup>10</sup> Thomas H. Stanton and Ronald C. Moe, "Government Corporations and Government – Sponsored Enterprises" in Lester M. Salomon, ed., *The Tools of Government: A Guide to the New Governance* (New York: Oxford University Press, 2002), pp. 80 – 116; Jerry Mitchell, *The American Experiment with Government Corporations* (Armonk, NY: M.E. Sharpe, 1999); A.MichaelFroomkin, "Reinvesting the Government Corporation", *University of Illinois Law Review*, (1665), pp. 543 – 634; Harold Seidman, *Politics, Position and Power: The Dynamics of Federal Organization*, 5 ed. (New York: Oxford University Press, 1998), pp. 189 – 196; U.S. General Accounting office, *Government Corporations: Profiles of Recent Proposals*, GAO/GGD-95-57FS (Washington: GAO, 1995); and U.S. Senate, Committee on Governmental Affairs, *Managing the Public's Business: federal Government Corporations*, By Ronald C. Moe, S.Prt. 104-18, 104° Congress, 1° sess. (Washington: GPO, 1995).

<sup>11</sup> Nel corso del 112° Congresso due distinte proposte di costituzione di società pubbliche erano state proposte, al fine di migliorare il settore delle infrastrutture. Allo stesso modo, nel corso del Congresso precedente erano state create la Indian Development Finance Corporation, la GreekBank e la National Infrastructure Development Bank.

<sup>12</sup> Steve Vogel, "Pentagon Recruits New Business: Military Turns to Private Enterprise to Help Pay Bills", *Washington Post*, August 8, 1998, p.B1.

piuttosto che una agenzia, dall'applicazione del diritto pubblico federale; (iii) l'utilizzo dello strumento societario risulta essere molto più vicina al sempre maggiore trend americano, denominato "New Public Management" che tende ad enfatizzare il ruolo dello Stato Federale come stato manager<sup>13</sup>.

In dottrina si è sostenuto che non sempre l'istituto de quo viene utilizzato nel giusto contesto; talvolta, infatti, sarebbe più indicato utilizzare l'istituto dell'agenzia o del contratto di affidamento a terzi<sup>14</sup>.

In passato le federal government corporations sono state coinvolte anche nella gestione di business privati<sup>15</sup>: si pensi al caso dell'acquisto di partecipazioni azionarie nella prima e nella seconda banca statunitense. Tale "practice", però, fu messa in discussione nel 1819 quando la Suprema Corte statui che l'acquisto, da parte delle federal government corporations, di partecipazioni in società private rende applicabile a queste ultime alcune previsioni di diritto pubblico e ciò apparve un fair<sup>16</sup>.

Tra la prima e la seconda guerra mondiale ci fu un proliferazione di società pubbliche attive in business privati. Al fine di fornire una risposta al proliferare di federal government corporations il Congresso adottò il

---

<sup>13</sup> OECD, *Governance in Transition: Public Management Reforms in OECD Countries* (Paris: OECD, 1995); Donald F. Kettl, *The Transformation of Governance: Public Administration for 21<sup>o</sup> Century America* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2002); and Robert D. Behn, *Rethinking Democratic Accountability: Performance and the New Public Management* (Washington: The Brookings Institution, 2001).

<sup>14</sup> Si veda, Ronald. C. Moe, "The importance of Public Law: New and Old Paradigms of Government Management", in Phillip J. Cooper and Chester A. Newland, eds. *Handbook of Public Law and administration* (San Francisco: Jossey – Bass Publishers, 1997) pp. 41 – 57.

<sup>15</sup> La prima volta che una federal government corporations acquistò una partecipazione in una società privata fu nel 1903, quando la Panama Railroad Company fu acquisita dalla French Panama Canal Company.

<sup>16</sup> *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. (Wheat.) 315 (1819)); *Osborn v. Bank of United States*, 17 U.S. (4 Wheat.) 738 (1824).

Government Corporation Control Act per regolare il budget, i controlli e la gestione dei debiti delle società pubbliche. Esso, pur regolando alcuni aspetti delle government corporations e contenendo un elenco delle stesse, non conteneva, tuttavia, una definizione generale delle società pubbliche<sup>17</sup>, sicché, ancora oggi, è molto arduo tracciare i confini e le caratteristiche delle federal government corporations<sup>18</sup>.

Si tratta di stabilire, innanzitutto, cosa sono le government corporations<sup>19</sup> e, soprattutto, quali sono le caratteristiche di queste ultime<sup>20</sup>.

In genere, le società pubbliche sono assimilabili ad una “agency” del governo federale e, quindi, espressione dello Stato (i.e., state agents); esse sono istituite direttamente dal Congresso ed hanno lo scopo di fornire servizi pubblici “strategici”. Di regola, le government corporations non tendono a produrre ricchezza, ma piuttosto a raggiungere il punto di “break even” ogni anno: esse

---

<sup>17</sup>Il titolo 5 dello U.S. Code prevede definisce le “government corporations” come le società interamente possedute, ovvero controllate, dal Governo Federale. Va precisato, però, che tale definizione è limitata al “purpose” del Titolo 5 dello U.S. Code.

<sup>18</sup>Nel 1948 il Presidente Harry Truman disse *“Experience indicates that the corporate form of organization is peculiarly adapted to the administration of government programs which are predominately of a commercial character – those which are revenue producing, ate at least potentially self – sustaining and involve a large number of business – type transactions with the public. In their business operations such programs require greater flexibility than the customary type of appropriations budget ordinarily permits. As a rule, the usefulness of a corporation rests on its ability to deal with the public in a manner employed by private enterprise for similar work”*

<sup>19</sup> Per completezza informativa va però sottolineato che, accanto alle cd. federal government corporations, esistono altre numerose government corporation istituite dai vari Stati federali. Ciascuna di tali società è caratterizzata da una disciplina specifica e, pertanto, risulta complesso poterne tracciare le caratteristiche

<sup>20</sup> Kevin R. Kosar, Federal Government Corporations: an Overview, June 8, 2011, Congressional Research Service, in [www.crs.gov](http://www.crs.gov), RL 30365.

hanno l'obiettivo di produrre ricchezza in misura sufficiente a ripagare le spese di gestione<sup>21</sup>.

Le federal government corporations sono soggette alle limitazioni imposte dalla Costituzione<sup>22</sup>; talvolta hanno la propria sede legale all'interno di dipartimenti del governo federale, altre volte, invece, hanno una propria sede legale, distinta ed autonoma dal dipartimento di riferimento.

Parte della dottrina ha sostenuto che le federal government corporations potrebbero rappresentare una valida alternativa alla privatizzazione delle agenzie governative. In tale prospettiva, dunque, il Governo Federale potrebbe decidere di utilizzare lo schema "privatistico" delle società pubbliche per "traghetare" la esternalizzazione di un servizio pubblico<sup>23</sup>.

Un esempio recente di privatizzazione di un servizio attraverso la costituzione di una federal government corporation è rappresentato dalla Conrail Corporation. Essa è nata dalle "spoglie" di sette aziende private in stato di dissesto. Il Governo Federale ha compiuto investimenti per circa un decennio al fine di consentire alla società di essere appealing sul mercato rilevante così da attirare l'interesse di investitori privati. Circostanza che si è puntualmente

---

<sup>21</sup> Le government corporations devono essere distinte dalle "quasi government entities", intese come società, ovvero enti, finanziati, in tutto o in parte, dal governo federale. Si tratta di società private con scopi "pubblici", che beneficiano di una implicita garanzia federale idonea ad accrescere la loro capacità di prendere danaro in prestito. Nel 1996, il consiglio di amministrazione della Federal National Mortgage Association decise di cambiare il proprio nome in Fannie Mae, sebbene la disciplina legale fa ancora riferimento al nome originario (i.e., Federal National Mortgage Association).

<sup>22</sup> Ronald C. Moe and Robert S. Gilmour, "Rediscovering Principles of Public Administration: The Neglected Foundation of Public Law", *Public Administration Review*, vol. 55, March/April 1995, pp. 135 - 146

<sup>23</sup> Si veda CRS Report RL 3377, *Privatization and The Federal Government: An introduction*, by Kevin R Kosar.

verificata con la vendita della proprietà azionaria a soggetti privati. Ovviamente, il risultato economico complessivo risulta essere negativo per il Governo Americano, ma il vantaggio è di natura sociale: consentire di rendere “marketability” un servizio nazionale.

Un altro esempio è rappresentato dalla U.S. Enrichment Corporation. Essa è stata costituita nel 1993, con l’Energy Policy Act del 1992 ed aveva il fine di continuare l’attività di estrazione dell’uranio in due siti, svolta sino a quel momento dall’agenzia governativa dell’energia. La costituzione della società pubblica rappresentava ovviamente un momento di transizione dal momento che l’obiettivo finale era quello di vendere a privati l’intero capitale sociale. Tale risultato fu raggiunto con un’IPO, conclusa nel luglio del 1998<sup>24</sup>.

L’utilizzo delle federal government corporations come strumento per la esternalizzazione di un servizio nazionale presenta, tuttavia, alcuni punti di criticità collegati al fatto che, a seguito del completamento del processo di privatizzazione “sostanziale” della società pubblica, l’Amministrazione Centrale perde qualsiasi forma di controllo sull’attività svolta dalla società. Nel secondo caso citato, infatti, ci fu un momento di forte frizione tra il Dipartimento per l’Energia ed il Consiglio di Amministrazione della società pubblica in merito ad alcune scelte operative-strategiche<sup>25</sup>.

Le predette società hanno alcune caratteristiche intrinseche che non possono essere facilmente eliminate o (mal)celate attraverso l’emanazione di un

---

<sup>24</sup> Peter Passell, “The Sticky Side of Privatization: Sale of U.S. Nuclear Fuel Plants Raises Host of Conflicts”, New York Times, August 31, 1997, p. 29.

<sup>25</sup> Martha M. Hamilton, “Uranium Company Seeks Federal Aid: Privatized USEC Warns of Losses,” Washington Post, October 30, 1999, . E8.

provvedimento normativo ovvero attraverso la compressione dell'istituto de quo nello schema societario<sup>26</sup>. Infatti, all'interno di uno stesso soggetto coesistono due anime: una afferente la natura del soggetto (pubblica) e l'altra il servizio reso e la sua capacità giuridica(privata)<sup>27</sup>.

In altre parole, le federal government corporations hanno una propria personalità giuridica, distinta da quella dal Governo Federale. Esse, inoltre, a differenza del Governo Federale, possono essere chiamate in causa “senza il proprio consenso”. Consentire alle federal government corporations di essere chiamate in giudizio e di citare terze parti, al pari di qualunque altro soggetto giuridico americano, è una scelta legislativa “necessaria” per rispettare le regole del mercato. Si ricorda, infatti, che le controversie che coinvolgono le agenzie governative americane seguono un iter molto complesso e lungo innanzi alla Court of Claims. Se l'attore vince, inoltre, non può eseguire la sentenza, ma deve attendere che termini un lungo e farraginoso iter amministrativo. Per le federal government corporations il processo è diverso. In caso di soccombenza, di regola, l'attore può ottenere una transazione in tempi “relativamente” rapidi.

Le federal government corporations, pur essendo dotate di una propria personalità giuridica ed avendo degli introiti finanziari propri, derivanti

---

<sup>26</sup> Si veda “Lebron Case”, 1995, (45 U.S.C. 451).

<sup>27</sup> Robert S. Gilmour and Laura S. Jensen, “Reinventing Government Accountability: Public Function, Privatization and the Meaning of “State Action”, *Public Administration Review*, vol. 58, May/June 1998, pp. 247 – 258; Harold J. Sullivan, “Privatization of Public Services: A Growing Threat to Constitutional Rights”, *Public Administration Review*, vol. 47, November/December 1987, pp. 461 – 468; and Ronald C. Moe, “Exploring the Limits of Privatization”, *Public Administration Review*, vol. 47, November/December 1987, pp. 453 – 460.

dall'attività svolta, sono comunque soggette ad una forma di controllo contabile da parte del Governo Federale. A differenza delle agenzie governative, però, le federal government corporations non sono tenute al rispetto delle stringenti norme previste in materia di budget per le agenzie governative<sup>28</sup>. Tale esenzione è giustificata appunto dal fatto che – almeno tendenzialmente – le federal government corporations hanno delle rendite derivanti dall'esercizio di una attività “commerciale”, a differenza delle agenzie le cui entrate finanziarie sono rappresentate, quasi esclusivamente, dalla riscossione di tasse e/o tributi.

In merito al controllo il Government Corporation Control Act, come modificato nel 1982, prevede che tutte le società interamente possedute dallo Stato dovessero sottoporre all'attenzione del Presidente degli Stati Uniti, ogni anno, una previsione di budget (i.e., business-type budget”).

Il budget deve contenere un rendiconto delle spese sostenute nell'anno precedente, le spese che si contano di effettuare nell'anno corrente, nonché una previsione di spesa per gli anni futuri. È richiesto un elevato grado di dettaglio nella indicazioni dei capitoli di spesa; è necessario indicare, inoltre, le attività e/o operazioni e/o transazioni più rilevanti compiute in ciascun anno analizzato, motivare le ragioni dell'eventuale deficit rispetto alle previsioni e indicare come si intende utilizzare l'eventuale surplus economico maturato<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Le federal government corporations sono regolate da previsioni legislative ad hoc. Per esempio, il Government Performance and Results Act del 1993.

<sup>29</sup> 31 U.S.C. 9104.

Dopo attenta analisi e, se del caso, dopo aver richiesto ulteriori informazioni, il Presidente sottopone tutti i budget plan presentati dalle federal government corporation all'attenzione del Congresso, allegandovi una sorta di “relazione accompagnatoria”. Nell'analisi compiuta assume particolare rilievo la capacità della società di essere economicamente “autosufficiente”. Si ricorda, infatti, che le agenzie governative sono finanziate direttamente dal Congresso, mentre le federal government corporation devono trarre le proprie risorse economiche dall'attività svolta e dai servizi resi. Da ciò ne deriva che una federal government corporation potrebbe essere liquidata nel caso in cui non sia in grado più di essere autosufficiente, magari perché i servizi offerti non sono più appealing ovvero perché non è gestita in maniera economicamente profittevole dalla classe dirigente<sup>30</sup>.

Il controllo contabile delle federal government corporations inizialmente è stato affidato direttamente al GovernmentAccountability Office. Successivamente e, precisamente a partire dal 1990, pur restando in capo al Controller General (i.e., il Direttore del GovernmentAccountability Office), il controllo è stato affidato ad una società esterna specializzata in servizi di “internal audit” ovvero, in alternativa, ad un ispettore generale interno alla società<sup>31</sup>.

Tale ultima figura, però, non sempre è presente nell'organigramma societario dal momento che non esiste in America un modello organizzativo – gestionale

---

<sup>30</sup> Kevin R. Kosar, Federal Government Corporations: an Overview, June 8, 2011, Congressional Research Service, in [www.crs.gov](http://www.crs.gov), RL 30365.

<sup>31</sup> Si veda P.L. 101 – 576; Secs. 305 – 306; 104 Stat. 2853; 31 U.S.C. 9105.

unico per le federal government corporations. Alcune società sono gestite da Consigli di Amministrazione dotati di elevata autonomia decisionale<sup>32</sup>, altre sono gestite da un direttore generale (con ampi poteri) selezionato tra o dai membri del Consiglio di Amministrazione<sup>33</sup>, alcune sono gestite da una sorta di comitato esecutivo composto da membri provenienti da agenzie governative<sup>34</sup>, alcuni da amministratori unici, altri da un Presidente plenipotenziario<sup>35</sup>.

Sebbene esistano diversi sistemi di amministrazione e gestione della società, secondo la dottrina prevalente il Consiglio di amministrazione rappresenterebbe una sorta di “marchio di fabbrica” delle società pubbliche. Secondo Marshall Dimock “le società pubbliche devono essere gestite da un Consiglio di Amministrazione - al pari di tutte le altre società commerciali - dal momento che esse sono dotate di una propria personalità giuridica e, quindi, non è “fair” affidarne la gestione direttamente al Governo Federale”<sup>36</sup>.

Tali affermazioni, invero, sono state confutate. Si è detto, infatti, che la tesi di Dimock era fondata su un presupposto errato. Il Governo Americano prevede che le società commerciali siano amministrate da un Consiglio di Amministrazione (magari eletto attraverso il sistema del voto di lista), sull'assunto che la proprietà della società è divisa tra una pluralità di soggetto. Attraverso la previsione di un sistema di amministrazione collegiale si tende a

---

<sup>32</sup> Si veda la gestione di TVA sino al 2004.

<sup>33</sup> Si veda l'attuale sistema di gestione di TVA.

<sup>34</sup> Si veda la gestione di Pension Benefit Guaranty Corporation.

<sup>35</sup> Si veda la gestione del Government National Mortgage Association.

<sup>36</sup> Marshall E Dimock, “Government Corporations: a Focus on Policy and Administration”, *American Political Science Review*, vol. 43, October 1949, p. 914.

garantire una maggiore rappresentanza agli azionisti. Nelle società pubbliche, tuttavia, tale esigenza non esiste dal momento che non esistono una pluralità di azionisti. Lo Stato Federale è l'unico azionista. Per tale ragione, dunque, non sarebbe necessario affidare la gestione delle società pubbliche ad un Consiglio di Amministrazione. Potrebbe essere preferibile affidare la gestione ad un Consiglio di Amministrazione, ma sicuramente essa non rappresenta una "condicio sine qua non"<sup>37</sup>.

L'Accademia Nazionale della Pubblica Amministrazione americana, in uno studio pubblicato nel 1981, è stata molto critica nei confronti del sistema di amministrazione "tradizionale" delle società, poiché un Consiglio di Amministrazione con pieni poteri poteva interrompere ovvero alterare il rapporto tra società ed azionista. In altre parole, nelle federal government corporations l'azionista deve esercitare un ruolo fondamentale nella gestione della società ed un organo gestorio con ampi poteri potrebbe rappresentare un "intralcio" piuttosto che un vantaggio. Pertanto, si proponeva un sistema di amministrazione formato da un amministratore delegato e da un "advisoryboard": tale forma di amministrazione garantirebbe una maggiore facilità di dialogo tra la società e il socio in quanto l'azionista dovrebbe interloquire con un solo soggetto piuttosto che con un organo (i.e., il Consiglio di Amministrazione)<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Harold Seidman, "The Theory of the Autonomous Government Corporation", *Public Administration Review*, vol. 12, spring 1952, pp. 93 – 111.

<sup>38</sup> National Academy of Public Administration, NAPA report on Government Corporations, 2 vols. (Washington: Napa, 1981), I, pp. 31-32.

Tuttavia, l'opportunità di nominare un Consiglio di Amministrazione dipende da una molteplicità di fattori, tra i quali, la presenza di una legislazione favorevole, l'ampiezza del programma operativo ed ovviamente la qualità e la quantità dei membri del Consiglio. Solitamente non sono molto apprezzati Consigli di Amministrazioni molto numerosi. Non dovendosi, infatti, garantire un'ampia rappresentanza agli azionisti, si ritiene opportuno affidare la gestione della società ad un ristretto numero di persone altamente qualificate.

La gestione delle federal government corporations è, quindi, affidata al sistema di amministrazione che è ritenuto, di volta in volta, più efficace ed adatto alla specifica situazione. In ogni caso, poi, la gestione delle società pubbliche è soggetta ad una forma di controllo da parte dell'Amministrazione Federale. In passato il Bureau of the Budget ha creato una struttura amministrativa ad hoc, che ha operato sino al 1970 circa, dedicata al monitoraggio e al controllo delle federal government corporations.

Attualmente, invece, le federal government corporations sono soggette ad una forma di controllo da parte dell'Office of Management and Budget. Si tratta di un controllo non sistematico: non sono previste procedure di controllo standard, anche perché le società pubbliche non rappresenterebbero una "categoria" omogenea, essendo l'intero sistema composto da elementi "variabili", che consenta lo studio e l'applicazione di procedure standardizzate<sup>39</sup>. L'assenza di una omogeneità nei controlli, inoltre, non

---

<sup>39</sup> Si veda per esempio, Alan Dean, Dwight Ink, and Harold Siedman, "OMB's 'MFading Away'", *Government Executive*, vol. 26, June 1994, pp. 62 – 64; and Ronald C. Moe, "At

consente di comprendere – a contrario – quali siano i presupposti per creare una società pubblica e, soprattutto, quali sono gli elementi che la caratterizzano.

Secondo un primo orientamento, il Governo Federale dovrebbe creare un numero sempre maggiore di società pubbliche, dotarle di una propria autonomia finanziaria, regolamentare e prevedere un sistema di controlli centralizzato ed uniforme, al pari di quello previsto in materia di agenzie governative.

Secondo un opposto orientamento, invece, le federal government corporation dovrebbero essere utilizzate soltanto quando sia “strettamente necessario”; esse dovrebbero essere gestite da un’agenzia governativa centralizzata; sarebbe inoltre necessario che la regolamentazione delle stesse sia uniforme, magari riflessa in una legge “speciale” dedicata alle società pubbliche.

### ***3. La disciplina degli enti pubblici: la Chapter 9***

A. *Disciplina.* La Chapter 9, come si è anticipato, regola e disciplina la riorganizzazione dei debiti delle municipalità (i.e., municipalities). Più precisamente, tale sezione del Bankruptcy Code riconosce una forma di protezione alle municipalità che versano in condizioni economiche critiche nel mentre le stesse procedono alla predisposizione di un piano di risanamento, ovvero ad una posticipazione dei pagamenti, ovvero ad un “write off” dei

---

Risk: The President’s Role as Chief Manager” in James Pfinner, ed. *The Managerial Presidency*, 2° ed. (Lawrence, KS; University Press of Kansas, 1999), pp. 265 – 284.

debiti<sup>40</sup>. Nell'ambito della Chapter 9 non vi sono previsioni che regolano, in via esplicita o implicita, la liquidazione come forma estrema di dissoluzione dell'ente<sup>41</sup>. La ragione di tale assenza è facilmente intuibile ed è riconducibile alla peculiare natura delle municipalità. Esse, infatti, sono una diretta emanazione dell'Amministrazione Centrale e, pertanto, solo a quest'ultima spetta il potere di deciderne il destino. Una eventuale liquidazione della municipalità contrasterebbe con il Decimo Emendamento della Costituzione americana che riconosce allo Stato il potere, unico ed esclusivo, in merito agli enti statali<sup>42</sup>.

Conseguenza naturale ed immediata di una tale impostazione è che l'Autorità giudiziaria ha poteri molto limitati e ristretti in relazione alla procedura di ristrutturazione dei debiti ex Chapter 9. Nel dettaglio, la Corte può esercitare solo quei poteri esplicitamente conferiti dalla Chapter 9 <sup>43</sup>: essa ha il potere di

---

<sup>40</sup> *Newhouse v. Corcoran Irrigation Dist.*, 114, F.2d 690,691 (9<sup>th</sup> Cir. 1940), cert. denied, 311 U.S. 717, 61 S. Ct. 440, 85 L. Ed. 4674 (1941); *Leco Properties, Inc. v. R.E. Crummer & Co.*, 128 F. 2d 110 (5<sup>th</sup> Cir. 1942); *sive* *In re Addison Community Hosp. Auth.*, 175 B.R. 646, 648 – 649 (Bank. E.D. Mich. 1994); *In re City of Bridgeport*, 25 C.B.C. 2d 269, 272 – 277, 129 B.R. 332, 333 – 337 (Bankr. D. Conn. 1991); *In re. Sanitary & Improvement Dist.*, 98 B.R. 970, 974 (Bankr. D. Neb. 1989)

<sup>41</sup> H.R. Rep. No.95 -595, 95<sup>th</sup> Cong., 1<sup>st</sup> Sess. 263 (1977); *Leco Properties, Inc. v. R.E. Crummer & Co.*, 128 F.2d 110 (5<sup>th</sup> Cir. 1942). *In Newhouse v. Corcoran Irrigation Dist.*, 114 F.2d 690, 690 – 691 (9<sup>th</sup> Cir. 1940) cert denied, 311 U.S. 717, 61 S. Ct. 440, 85 L. Ed. 467 (1941).

<sup>42</sup> H.R. Rep. No. 95 – 595, 95<sup>th</sup> Cong., 1<sup>st</sup> Sess. 263 (1977), reprinted in App. Pt.4(d)(i). *Si veda anche National League of Cities V Usery*, 426 U.S. 833, 96 S. Ct. 2465, 449 L. Ed. 2d 245 (1976); *United States v. Bekins*, 304 U.S. 27, 58 S. Ct. 811, 82 L. Ed. 1137 (1938); *Ashton v. Cameron County Water Dist. No. 1*, 298 U.S. 513, 56 S. Ct. 892, 80 L. Ed. 1309 (1936).

<sup>43</sup> *Ware v. R.E. Crummer & Co.*, 128 F.2d 110, 113 (5<sup>th</sup> Cir. 1942).

approvare la richiesta di ammissione alla procedura concorsuale e il piano di ristrutturazione, nonché il potere di confermare ed implementare il piano <sup>44</sup>.

Prima di analizzare quali sono i requisiti richiesti dall'ordinamento per poter beneficiare della protezione garantita dalla Chapter 9, si ritiene opportuno segnalare che il legislatore americano, al pari di quello italiano, utilizza moltissimo la tecnica del rinvio normativo per disciplinare la Chapter 9. Ne consegue che, per avere contezza della intera disciplina della Chapter 9 non è sufficiente leggere le norme contenute nel capo alla stessa dedicato nel Bankruptcy Code, ma è necessario leggere tutte le norme alle quali si fa rinvio.

In particolare, l'articolo 901 del Bankruptcy Code estende il contenuto della Chapter 9 mediante il rinvio ad altre norme contenute nelle Chapter 3, 5 ed 11. Sarà ovviamente necessario prestare molta attenzione in sede di applicazione della norma alla quale si è fatto rinvio, in ragione della peculiare natura delle "municipalities". Basti pensare alle norme relative alla nomina del trustee, la cui applicazione comporterebbe probabilmente una notevole ingerenza nella gestione degli affari della municipality che, si ricorda, sono di esclusiva competenza della Pubblica Amministrazione.

B. *Rapporti con le altre Chapters*. Si ritiene opportuno segnalare, a questo punto, che alcune previsioni, contenute nelle altre Chapters, si applicano anche ai casi regolati dalla Chapter 9, anche se con qualche difficoltà<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> In re Addison Community Hosp. Auth, 175 B.R. 646, 649 (Bankr. E.D. Mich. 1994); Leco Properties, Inc. v. R.E. Crummer & Co., 128 F.2d 110, 113 (5<sup>th</sup> Cir. 1942).

<sup>45</sup> Sono ben oltre 50 le previsioni contenute in altre parti del *Bankruptcy Code* che trovano applicazione anche nella *Chapter 9*.

Tra le previsioni della Chapter 3 che trovano applicazione alla Chapter 9 si ritiene opportuno riferire di quelle che regolano il dies a quo per l'applicazione delle norme di salvaguardia del debitore: si tratta della norma 301<sup>46</sup> del Bankruptcy Code<sup>47</sup>. Essa regola la data a partire dal quale diviene efficace il cd. "order for relief", individuando tale momento nella data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura. Nel caso in cui vi fossero contestazioni o reclami sollevati dai creditori, ovviamente, la data di efficacia non coinciderebbe più con la data del "filing", ma con la data di emissione dell' "order for relief" da parte della Corte.

Conseguenza del deposito della richiesta di ammissione alla procedura o, più precisamente, dell'order for relief, è l'automatico blocco di tutte le azioni esecutive. Trova applicazione, infatti, anche in caso di Chapter 9 la norma prevista dall'articolo 362 relativo all' "automatic stay"<sup>48</sup>. Tale norma, infatti, neutralizza tutte le azioni esecutive avviate ovvero da avviare successivamente al deposito della "petition", ovvero della richiesta di ammissione alla Chapter 9. La norma, inoltre, regola anche le procedure ed i casi in cui l'automatic stay

---

<sup>46</sup>Articolo 301: "A voluntary case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under such chapter by an entity that may be a debtor under such chapter. The commencement of a voluntary case under a chapter of this title constitutes an order for relief under such chapter".

<sup>47</sup> La citata previsione normativa regola sia i casi di adesione volontaria alla procedura concorsuale sia i casi di adesione involontaria, ovvero i casi in cui la procedura concorsuale è avviata su istanza di un soggetto diverso dal debitore (e.g., uno dei creditori). Nel caso della *Chapter 9* troverà applicazione esclusivamente la normativa che regola l'ipotesi di "adesione volontaria" dal momento che l'ordinamento esclude tassativamente la possibilità che un terzo soggetto possa provocare l'applicazione della *Chapter 9* in relazione ad una *municipality*

<sup>48</sup> Alliance Capital Management L.P. v. Country of orange (In re Country Orange), 33 C.B.C. 2d 625, 631, 179 B.R. 185, 190 (Bankr. C.D. Cal. 1995).

non trova applicazione, le procedure per renderlo inapplicabile ed i casi in cui viene a cessare l'applicazione<sup>49</sup>.

Tra le previsioni della Chapter 3 si ricorda quella contenuta nell'art 364 (c)<sup>50</sup> che autorizza il debitore (i.e., la norma fa riferimento al trustee) a chiedere ed ottenere nuova finanza in costanza di applicazione della Chapter 9, garantendo al contempo al creditore una protezione molto forte. I prestiti compiuti in costanza di Chapter 9, infatti, sono classificati come “administrativeexpense”, con un diritto di priorità sugli altri creditori di pari grado, garantita da un pegno sui beni della municipality (non sottoposti già ad altro vincolo)<sup>51</sup>.

Della Chapter 5, invece, trova applicazione l'articolo 503<sup>52</sup> che regola il trattamento delle “AdministrativeExpenses” sorte nel corso della procedura<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup>Westport Taxi Srv., Inc. v. Westport Transit Dist. (In re Westport Transit Dist.), 141 B.R. 543 (Bankr. D. Conn. 1992)

<sup>50</sup>Articolo 364 (c): “(c) If the trustee is unable to obtain unsecured credit allowable under section 503(b)(1) of this title as an administrative expense, the court, after notice and a hearing, may authorize the obtaining of credit or the incurring of debt--

(1) with priority over any or all administrative expenses of the kind specified in section 503(b) or 507(b) of this title;

(2) secured by a lien on property of the estate that is not otherwise subject to a lien; or

(3) secured by a junior lien on property of the estate that is subject to a lien.”

<sup>51</sup> E' bene precisare che la sottoposizione a vincolo di un bene della municipality deve essere sempre autorizzato da un provvedimento giudiziario. La Corte, quindi, sarà chiamata a certificare che il vincolo reale sulla proprietà della municipality tutela e garantisce un creditore che si è assunto l'alea di prestare del danaro ad un soggetto in crisi economica. L'ordinamento riconosce alla Corte il potere di “creare” nuovi vincoli sui beni della municipality ma soltanto nei casi strettamente indicati dalla norma in questione. Non gode, quindi, la Corte di alcun potere “pretorio”, ovvero di un potere idoneo a derogare norme di legge (in presenza di particolari circostanze del caso concreto).

<sup>52</sup>Articolo503: “(a) An entity may timely file a request for payment of an administrative expense, or may tardily file such request if permitted by the court for cause.

(b) After notice and a hearing, there shall be allowed, administrative expenses, other than claims allowed under section 502(f) of this title, including--

(1)

(A) the actual, necessary costs and expenses of preserving the estate, including wages, salaries, or commissions for services rendered after the commencement of the case;

(B) any tax--

(i) incurred by the estate, except a tax of a kind specified in section 507(a)(8) of this title; or

Va precisato che la norma non include tra le “AdministrativeExpensies” anche le spese ordinarie di gestione della municipalità durante il periodo di ristrutturazione. Secondo l’orientamento prevalente, inoltre, tra le citate spese non rientrerebbero “de jure” tutte le spese necessarie per il pagamento dei professionisti e dei consulenti che hanno lavorato in relazione alla procedura di ristrutturazione<sup>54</sup>. La norma in questione qualifica “AdministrativeExpenses” anche tutti i costi e le spese necessarie per dismettere gli ospedali ovvero altra struttura sanitaria, nonché il credito che

---

(ii) attributable to an excessive allowance of a tentative carryback adjustment that the estate received, whether the taxable year to which such adjustment relates ended before or after the commencement of the case; and

(C) any fine, penalty, or reduction in credit relating to a tax of a kind specified in subparagraph (B) of this paragraph;

(2) compensation and reimbursement awarded under section 330(a) of this title;

(3) the actual, necessary expenses, other than compensation and reimbursement specified in paragraph (4) of this subsection, incurred by--

(A) a creditor that files a petition under section 303 of this title;

(B) a creditor that recovers, after the court's approval, for the benefit of the estate any property transferred or concealed by the debtor;

(C) a creditor in connection with the prosecution of a criminal offense relating to the case or to the business or property of the debtor;

(D) a creditor, an indenture trustee, an equity security holder, or a committee representing creditors or equity security holders other than a committee appointed under section 1102 of this title, in making a substantial contribution in a case under chapter 9 or 11 of this title;

(E) a custodian superseded under section 543 of this title, and compensation for the services of such custodian; or

(F) a member of a committee appointed under section 1102 of this title, if such expenses are incurred in the performance of the duties of such committee;

(4) reasonable compensation for professional services rendered by an attorney or an accountant of an entity whose expense is allowable under paragraph (3) of this subsection, based on the time, the nature, the extent, and the value of such services, and the cost of comparable services other than in a case under this title, and reimbursement for actual, necessary expenses incurred by such attorney or accountant;

(5) reasonable compensation for services rendered by an indenture trustee in making a substantial contribution in a case under chapter 9 or 11 of this title, based on the time, the nature, the extent, and the value of such services, and the cost of comparable services other than in a case under this title; and

(6) the fees and mileage payable under chapter 119 of title 28”.

<sup>53</sup> In re Castle Pines North Metro Dist., 25 C.B.C.2d 187, 190, 129 B.R. 233, 235 (Bankr. D. Colo. 1991); In re Sanitary & Improvement Dist., 96 B.R. 966 (Bankr. D. Neb. 1989).

<sup>54</sup> Lea v. Paterson Sav. Inst., 142 F.2d 932 (9th Cir. 1944); berry v. Root, 148 F.2d 945 (5th Cir), cert. denied, 326 U.S. 755, 66 S. Ct. 91, 90 L. Ed. 453 (1945).

vantano i terzi che hanno venduto beni alla municipality nei 20 giorni che precedono la data del filing della petition.

Ancora alla Chapter 9 si applica anche l'articolo 547 contenuto nella Chapter 5. Tale previsione autorizza il trustee a caducare i trasferimenti di proprietà effettuati dal debitore nel corso dei 90 giorni precedenti la data del filing della petition. La ratio della norma è quella di consentire ai creditori di recuperare un cifra maggiore di quella che gli stessi riceverebbero in caso di liquidazione della società ai sensi e per gli effetti della Chapter 7. È evidente che la norma non può essere applicata de plano nell'ipotesi della Chapter 9 dal momento che la municipality non può mai essere sottoposta a liquidazione, sicché si richiede all'interprete uno sforzo ulteriore per l'applicazione della norma. La Corte probabilmente dovrà compiere una valutazione "ipotetica" e "teorica"<sup>55</sup>; più precisamente dovrà immaginare – quale *fictionis* – che la municipality possa essere liquidata. In giurisprudenza è stato proposto un approccio più pragmatico: nei casi in cui il creditore nei confronti del quale si avvia l'azione di caducazione ha il diritto di costituire un pegno sulle proprietà della municipality, l'azione di caducazione è inutile perché non consente agli altri creditori di accrescere la massa attiva. Il transferee (i.e., il creditore che ha subito l'azione di caducazione) conserva il diritto di essere pagato integralmente o comunque in maniera preferenziale, essendo titolare di un diritto reale<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup>Fano v. Newport Heights Irrigation Dist., 114 F.2d 563 (9<sup>th</sup> Cir. 1940).

<sup>56</sup> In re City of Wellston, 42 B.R. 282 (Bankr. E.D. Mo. 1984).

La Chapter 5 contiene, inoltre, una previsione normativa rubricata “Fraudulent Transfers and Obligations” che appare molto simile – almeno nella ratio – all’azione revocatoria regolata dal legislatore italiano. La citata norma (i.e., articolo 548), applicabile anche alle ipotesi regolate dalla Chapter 9, legittima il trustee a caducare tutti gli atti compiuti dal debitore nell’anno antecedente il deposito della petition qualora la transazione sia stata posta in essere al solo fine di sottrarre un bene dalla massa attiva ovvero la transazione sia stata posta in essere per un valore che non appare ragionevole. Resta inteso che nel caso della Chapter 9 il potere non sarà conferito al debitore, in luogo del trustee.

L’articolo 553<sup>57</sup> del Bankruptcy Code disciplina l’istituto della compensazione.

In particolare, tale norma autorizza il trustee ad invalidare tutte le

---

<sup>57</sup>Articolo 553: “a) Except as otherwise provided in this section and in sections 362 and 363 of this title, this title does not affect any right of a creditor to offset a mutual debt owing by such creditor to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against a claim of such creditor against the debtor that arose before the commencement of the case, except to the extent that--

(1) the claim of such creditor against the debtor is disallowed;  
(2) such claim was transferred, by an entity other than the debtor, to such creditor--

(A) after the commencement of the case; or

(B)

(i) after 90 days before the date of the filing of the petition; and

(ii) while the debtor was insolvent; or

(3) the debt owed to the debtor by such creditor was incurred by such creditor--

(A) after 90 days before the date of the filing of the petition;

(B) while the debtor was insolvent; and

(C) for the purpose of obtaining a right of setoff against the debtor.

(b)

(1) Except with respect to a setoff of a kind described in section 362(b)(6), 362(b)(7), 362(b)(14), 365(h), 546(h), or 365(i)(2) of this title, if a creditor offsets a mutual debt owing to the debtor against a claim against the debtor on or within 90 days before the date of the filing of the petition, then the trustee may recover from such creditor the amount so offset to the extent that any insufficiency on the date of such setoff is less than the insufficiency on the later of--

(A) 90 days before the date of the filing of the petition; and

compensazioni che i creditori hanno compiuto nei 90 giorni che precedono la data del deposito della domanda di ammissione a procedura, qualora da tale transazione il creditore abbia tratto un immeritato vantaggio<sup>58</sup> e/o ne sia derivato un danno alla categoria dei creditori. Di conseguenza, un istituto di credito, che sia titolare di bonds emessi dalla municipality in crisi non potrà compensare – sic et simpliciter – il proprio credito utilizzando i conti correnti capienti accesi dalla stessa municipality presso l'istituto di credito<sup>59</sup>. Pertanto, l'istituto di credito potrà esercitare il proprio diritto di compensazione, ma il debitore avrà il diritto di recuperare la parte di debito compensato che ha permesso un miglioramento della posizione del creditore nel corso dei 90 giorni che precedono il deposito della petition. Da un punto di vista sostanziale, quindi, la situazione viene cristallizzata a 90 giorni prima la data del deposito della domanda di ammissione a procedura.

Sono diverse, inoltre, le disposizioni della Chapter 11 che trovano applicazione anche nella Chapter 9. Tra le tante si ritiene opportuno segnalare quella relativa alla nomina del comitato dei creditori<sup>60</sup> e del comitato degli azionisti, al

---

(B) the first date during the 90 days immediately preceding the date of the filing of the petition on which there is an insufficiency.

(2) In this subsection, "insufficiency" means amount, if any, by which a claim against the debtor exceeds a mutual debt owing to the debtor by the holder of such claim.

(c) For the purposes of this section, the debtor is presumed to have been insolvent on and during the 90 days immediately preceding the date of the filing of the petition”.

<sup>58</sup> Evergreen Farms Co. v. Willacy County Water Control & Improvement Dist. No. 1, 124 F.2d 1 (5<sup>th</sup> Cir. 1941), cert. denied, 316 U.S. 687, 62 S. Ct. 1276, 86 L. Ed. 1758 (1942).

<sup>59</sup> Lo stesso principio dovrebbe trovare applicazione anche nel caso in cui non vi sia reciprocità di obbligazioni, come l'ipotesi in cui i bonds siano detenuti dal trust department della banca. Si veda Federal Nat 1 Mortg. Ass'n v. County of Orange (in re County of orange), 33, C.B.C.2d 1604, 183 B.R. 609 (Bankr. C.D. Cal. 1995).

<sup>60</sup> L'art. 1102 regola la nomina del comitato dei creditori e del comitato degli azionisti. Tale previsione normativa trova applicazione nella Chapter 9 con una piccola precisazione. Nei distretti in cui è operativo lo UnitedStatestrusteesystem, quest'ultimo provvederà alla nomina

funzionamento dei comitati, al diritto di essere ascoltato, alla classificazione dei crediti e al contenuto del piano.

L'articolo 1103<sup>61</sup> regola e definisce funzioni ed obblighi dei comitati nominati nel corso della procedura concorsuale. La norma trova applicazione nella Chapter 9, ma essa deve essere interpretata conformemente alle peculiarità della municipality. Per esempio, la sub sezione (c)(1) della citata norma prevede che i comitati siano consultati dal debitore ovvero dal trustee in relazione alla gestione della procedura concorsuale. Tale previsione deve essere interpretata restrittivamente dal momento che – under Chapter 9 – il debitore ha il completo controllo su tutte le operazioni che compie. Essa, quindi, potrà trovare applicazione solo in merito alla formulazione del piano di risanamento ed ai procedimenti giudiziari.

---

del comitato dei creditori. Nei distretti in cui non è stato ancora implementato il sistema, la nomina del comitato dei creditori dovrà essere compiuta dall'Autorità Giudiziaria.

<sup>61</sup>Articolo 1103 “(a) At a scheduled meeting of a committee appointed under section 1102 of this title, at which a majority of the members of such committee are present, and with the court's approval, such committee may select and authorize the employment by such committee of one or more attorneys, accountants, or other agents, to represent or perform services for such committee.

(b) An attorney or accountant employed to represent a committee appointed under section 1102 of this title may not, while employed by such committee, represent any other entity having an adverse interest in connection with the case. Representation of one or more creditors of the same class as represented by the committee shall not per se constitute the representation of an adverse interest.

(c) A committee appointed under section 1102 of this title may--

(1) consult with the trustee or debtor in possession concerning the administration of the case;

(2) investigate the acts, conduct, assets, liabilities, and financial condition of the debtor, the operation of the debtor's business and the desirability of the continuance of such business, and any other matter relevant to the case or to the formulation of a plan;

(3) participate in the formulation of a plan, advise those represented by such committee of such committee's determinations as to any plan formulated, and collect and file with the court acceptances or rejections of a plan;

(4) request the appointment of a trustee or examiner under section 1104 of this title; and

(5) perform such other services as are in the interest of those represented.

(d) As soon as practicable after the appointment of a committee under section 1102 of this title, the trustee shall meet with such committee to transact such business as may be necessary and proper.”

L'articolo 1109<sup>62</sup> del Bankruptcy Code permette all'Agenzia Federale degli Stati Uniti ed alle parti che hanno un "interesse ad agire" di essere "ascoltate" dalla Corte. L'applicazione di tale previsione normativa richiede uno sforzo ermeneutico iniziale: comprendere cosa si intenda per soggetto che abbia un interesse ad agire (i.e., party in interest<sup>63</sup>) in relazione al contesto della Chapter 9. Può dirsi che una parte ha interesse ad agire qualora essa abbia un interesse economico nella controversia<sup>64</sup> e sia tale da esser pregiudicata nel caso in cui non fosse ascoltata e sempreché la controversia non provochi un "irragionevole" ritardo<sup>65</sup>. A tal riguardo preme sottolineare come la qualificazione di "party in interest" sia relativa alla singola controversia instaurata<sup>66</sup>. Di conseguenza, il riconoscimento di tale qualifica in una controversia non comporta l'acquisto di uno status perpetuo, ma ciascun attore dovrà dimostrare – di volta in volta – di avere un interesse ad agire.

---

62Articolo 1109: "(a) The Securities and Exchange Commission may raise and may appear and be heard on any issue in a case under this chapter, but the Securities and Exchange Commission may not appeal from any judgment, order, or decree entered in the case. (b) A party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may raise and may appear and be heard on any issue in a case under this chapter.

<sup>63</sup>The party in interest is a party who has standing to be heard by the court in a matter to be decided in the bankruptcy case. The debtor, the U.S. trustee or bankruptcy administrator, the case trustee and creditors are parties in interest for most matters

<sup>64</sup> Si veda *In re Mpunt Carbon Metropolitan Distric*, 1999 Bankr. LEXIS 1643 (Bankr. D. Colo. July 20 1999)

<sup>65</sup> *In re Addison Community Hosp. Auth.*, 175 B.R. 646, 652 (Bankr. E.D. Mich. 1994). Si veda, per completezza, anche *Ault v. Emblem Corp.* (*In re Wolf Creek Valley Metro, Dist*) 138 B.R. 610, 615 – 617 (bankr. D. Colo. 1992); *In re City of Bridgeport*, 128 B.R. 686 (Bankr. D. Conn. 1991); *In re Bridgeport*, 25 C.B.C.2d 94, 128 B.R. 30 (Bankr. D. Conn. 1991).

<sup>66</sup> Si veda *In re City of Bridgeport*, 128 B.R. 686 (Bankr. D. Conn. 1991)

L'articolo 1122<sup>67</sup> regola la classificazione dei crediti e trova integrale applicazione nell'ambito della Chapter 9. La previsione normativa, al pari di quella contenuta nel sistema italiano, prevede che i creditori titolari di un medesimo diritto siano collocati all'interno della medesima classe. Dovranno essere collocati – di regola - nella stessa classe i titolari di bonds e warrants, mentre dovranno essere collocati in classi diverse nel caso in cui il regolamento di tali strumenti finanziari prevedano privilegi diversi nel rimborso: si pensi all'ipotesi in cui il regolamento dei warrants preveda che le tasse riscosse dalla municipality debbano essere utilizzate per pagare i titolari del warrant dopo che siano stati integralmente rimborsati i bonds emessi dalla municipality<sup>68</sup>. In tale ipotesi è evidente che i “bonds holders” ed i “warrants holders” hanno diritti diversi e, pertanto, devono essere collocati in classi diverse. In giurisprudenza è stata negata una classificazione dei creditori basata sulla data di scadenza dell'obbligazione di pagamento<sup>69</sup> ovvero basata sulla data di emissione del titolo obbligazionario<sup>70</sup> ovvero basata sul fatto che un

---

<sup>67</sup>Articolo 1122: “(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a plan may place a claim or an interest in a particular class only if such claim or interest is substantially similar to the other claims or interests of such class.

(b) A plan may designate a separate class of claims consisting only of every unsecured claim that is less than or reduced to an amount that the court approves as reasonable and necessary for administrative convenience.”

<sup>68</sup> Sanitary & improvement Dist. V. First Nat'l Bank (In re Sanitary & improvement Dist.), 79 B.R. 877 (D. Neb. 1987) aff'd per curiam, 873 F.2d 209 (8<sup>th</sup> Cir. 1989)

<sup>69</sup> Taylor v. Provident irrigation Dist., 123 F.2d 965, 966, 967 (9<sup>th</sup> Cir. 1941), cert. denied, 315 U.S. 819, 1942 West Coast Ins. Co. v. Merced irrigation Dist., 114 F.2d 654, 672 (9<sup>th</sup> Cir. 1940), cert. denied, 311 U.S. 718, 61 S. Ct. 441, 85 L. Ed. 467 (1941).

<sup>70</sup>Luerhmann v. Drainage Dist., 127 F.2d 696, 701 (8<sup>th</sup> Cir.), cert. denied, 308 U.S. 604, 60 S. Ct. 141, 84 L. Ed. 505 (1939).

creditore abbia ottenuto un provvedimento giudiziario nei confronti della municipality<sup>71</sup>.

Il contenuto del piano di ristrutturazione della municipality deve essere redatto secondo le indicazioni dell'articolo 1123, contenuto all'interno della Chapter 11<sup>72</sup>, le cui previsioni trovano applicazione nella Chapter 9, ad eccezione di due: quella relativa alla emissione delle cd. "nonvoting stock" e quella relativa alla nomina degli officers, directors e trustee.

*C. Requisiti per l'accesso alla procedura regolata dalla Chapter 9.* Diversi i requisiti soggettivi ed oggettivi che un ente deve possedere per poter accedere alla procedura concorsuale di cui alla Chapter 9. La sezione 109 (c) del Bankruptcy Code ne contiene un preciso elenco: il debitore deve essere una municipality; deve essere espressamente autorizzato ad accedere alla procedura di cui alla Chapter 9; deve essere insolvente e deve essere in grado di predisporre un piano per ripianare i propri debiti<sup>73</sup>.

Di seguito si passeranno in rassegna, seppur brevemente, i menzionati requisiti, soggettivi ed oggettivi, necessari per l'accesso alla Chapter 9.

---

<sup>71</sup>Lorber v. Vista irrigation Dist., 127 F.2d 628, 633 (9th Cir. 1942); Vallette v. City of Vero Beach, 104 F.2d 59, 63 (5th Cir.), cert. denied, 308 U.S. 586, 60 S. Ct. 110, 84 L. Ed. 491 (1939); siveda Touchton v. City of Fort Pierce, 109 F.2d 370 (5th Cir), cert. denied, 310 U.S. 652, 60 S. Ct. 1105, 84 L. Ed. 1417 (1940).

<sup>72</sup> Del contenuto del piano si dirà ampiamente *infra* nel paragrafo relativo alla Chapter 11.

<sup>73</sup> Si tratta, tuttavia, di condizioni necessarie ma non ancora sufficienti. La norma, inoltre, prevede che il debitore deve possedere almeno uno degli ulteriori seguenti requisiti: (i) deve aver raggiunto un accordo con la maggioranza dei creditori di ciascuna classe i cui diritti di credito possono essere pregiudicati a seguito della implementazione del piano; (ii) deve aver negoziato in buona fede con i creditori l'accordo di cui al punto che precede, non riuscendo a raggiungere le maggioranze previste dal punto (i); (iii) non è nella condizione di negoziare un accordo con i creditori che verranno pregiudicati dal piano di ristrutturazione; (iv) il debitore ha il fondato timore che un creditore possa agire per ottenere un provvedimento esecutivo ovvero per garantirsi un diritto di preferenza nel pagamento. Sul punto cfr. *infra*.

Innanzitutto, si è detto che il requisito soggettivo primario per poter accedere alla Chapter 9 è che il debitore sia una municipalità, sicché è opportuno interrogarsi sulle caratteristiche che un ente deve possedere per poter essere qualificato come municipalità. Questi sono stati individuati (i) nel possesso dei poteri tipicamente connessi alla sovranità, quale il potere di imporre le tasse; (ii) nel fine pubblico e nella soggezione ad un penetrante potere di controllo da parte dello Stato; (iii) nella sua costituzione da parte dello Stato<sup>74</sup>.

La municipality rappresenta una species del genus “governmentalunit<sup>75</sup>” e più precisamente, essa – ai sensi della Sezione 10 del Bankruptcy Code – rappresenta “una politicalsubdivision, o una agenzia pubblica o un ente strumentale dello Stato”.

Nella prima categoria vi rientrano le contee, le città, i villaggi, i distretti; nella seconda categoria le autorità, le commissioni, gli enti che sono preposti alla cura della gestione dei tributi delle imprese, i distretti, le scuole, gli enti che gestiscono i ponti e le strade. L’ultima categoria ha creato qualche difficoltà interpretativa dal momento che in un celebre precedente giurisprudenziale era stato affermato che gli enti strumentali delle municipalities non rientravano nella categoria generale delle municipality<sup>76</sup>. In altri termini, si era affermato che la definizione di municipality non comprendeva anche gli enti strumentali

---

<sup>74</sup> In re Las Vegas Monorail, N. Bk-S-10-10464-BAM, “Order Regarding AMBAC’s Motion to Dismiss” (Bankr. D. Nev. Apr. 26, 2010)

<sup>75</sup> The term “governmental unit” means “United States; State; Commonwealth; District; Territory; municipality; foreign state; department, agency, or instrumentality of the United States (but not a United States trustee while serving as a trustee in a case under this title), a State, a Commonwealth, a District, a Territory, a municipality, or a foreign state; or other foreign or domestic government” (articolo 101 del Bankruptcy Code).

<sup>76</sup> In re County of Orange, 183 B.R. 594, 603 (bankr. C.D. Cal. 1995).

della stessa, ma soltanto gli enti strumentali dello Stato. Tale affermazione, però, si fondava su un'interpretazione meramente letterale della norma e non teneva conto del contesto in cui la stessa era posta e soprattutto della ratio della norma. Un ente strumentale della municipality, infatti, costituisce una branch della stessa e soprattutto è soggetta allo stesso penetrante potere che lo Stato può esercitare sulla municipality<sup>77</sup>.

Il secondo requisito soggettivo è che la municipality sia stata, espressamente, autorizzata a richiedere la protezione della Chapter 9: il Bankruptcy Reform Act del 1994 ha riformato la previsione contenuta nella sezione 109(c)(2) prevedendo che “il debitore deve essere espressamente autorizzato a richiedere la protezione under Chapter 9 in qualità di municipality, o in virtù di un espresso provvedimento ad personam, oppure in virtù di un provvedimento emesso da un ufficiale governativo o da una organizzazione e/o ente dotato dei poteri necessari per rilasciare un tale tipo di autorizzazione”.

La prima casistica è la più frequente dal momento che consente agli Stati Federali di adottare uno statuto che autorizzi espressamente tutte le municipalities ad utilizzare lo strumento di protezione offerto dalla Chapter 9. In alternativa ad un provvedimento legislativo generale, il diritto statale (i.e., il diritto di ciascuno degli Stati della Confederazione Statunitense) può optare per un'autorizzazione nominativa per ciascuna municipality<sup>78</sup>. Infine, è prevista una cd. autorizzazione di “secondo livello”, in quanto essa viene rilasciata da

---

<sup>77</sup> Si veda *In re Faitoute Iron & Steel Co. v. City of Asbury Park*, 316 U.S. 502, 62 S. Ct. 1129, 56 L. Ed. 1629 (1942)

<sup>78</sup> Si veda *In re Las Vegas Monorail: Case N. BK-S-10-10464-BAM* (Bankr. D. Nev. Apr. 26, 2010).

un soggetto (i.e., Governmental Officer) al quale sono delegati i poteri di rilasciare una tale tipologia di autorizzazione<sup>79</sup>. Invero, anche in assenza di un provvedimento legislativo generale, di un provvedimento legislativo ad personam e di una autorizzazione rilasciata da un ufficiale governativo, la municipality può essere “eligible under Chapter 9” qualora una organizzazione – dotata dei poteri necessari in virtù di un provvedimento legislativo statale – rilasci una autorizzazione ad hoc.

L’ultima tipologia di autorizzazione ha creato notevoli difficoltà interpretative dal momento che necessita di un’analisi molto approfondita del provvedimento legislativo che “legittimerebbe” l’organizzazione ad autorizzare la municipalità. Tali difficoltà sono ancor più evidenti se si esaminano casi concreti: si pensi che in un noto caso un debitore (un distretto di bonifica) ha sostenuto di possedere il menzionato requisito soggettivo dal momento che (i) numerosi provvedimenti legislativi avevano autorizzato gli amministratori/commissari del distretto medesimo ad esercitare i poteri gestori e (ii) il diritto statale prevedeva la possibilità di nominare commissari ovvero un advisor finanziario che potesse raccomandare al distretto il ricorso alla Chapter 9. La Corte ha rigettato entrambe le argomentazioni del debitore,

---

<sup>79</sup> IN Re New York City Off-Track Betting Corporation (427 B.R. 256, 2010 Bankr. LEXIS 791, at \*16-31 (Bankr. S.D.N.Y. Mar. 22, 2010) il Governatore di New York aveva emesso un’ordinanza che autorizzava espressamente il debitore ad utilizzare la Chapter 9. Alcuni creditori eccepirono la carenza di poteri del Governatore. L’Autorità giudiziaria, allora, analizzò il diritto statale applicabile, sentenziando che il Governatore è investito dei più ampi poteri esecutivi, nei limiti di ed in quanto compatibili con quanto previsto dal diritto Federale e dalla Costituzione Americana. Considerato che il diritto federale prevede espressamente la possibilità di delegare ad un Governmental Officer il potere di autorizzare una municipality a richiedere protezione ex Chapter 9, la Corte concluse che l’iter processuale era corretto e, pertanto, la municipality era da considerare espressamente autorizzata ad utilizzare la Chapter 9.

asserendo che una generica autorizzazione a gestire gli affari del distretto non ha alcun impatto rilevante sul diritto fallimentare; in relazione al secondo punto la Corte ha sentenziato che, da un lato, è vero che il diritto statale prevede la possibilità astratta di nominare commissari o advisor finanziari con poteri di raccomandare il ricorso alla Chapter 9, ma dall'altro lato è anche vero che, nel caso esaminato, non era stato nominato nessuno di tali organi. La teorica ed astratta possibilità di nominare tali organi non costituiva, pertanto, una espressa autorizzazione, requisito richiesto dal Bankruptcy Code<sup>80</sup>.

Il terzo requisito che la sezione 109 (c) del Bankruptcy Code richiede è costituito dall'insolvenza del debitore. Inizialmente il sistema prevedeva una definizione di insolvenza molto simile a quella delle società<sup>81</sup>. Ben presto però, ci si rese conto che non era possibile valutare l'insolvenza di una municipalities sulla base del valore di liquidazione dei beni del debitore in quanto – per definizione – la municipality non può essere liquidata e, di conseguenza, i suoi beni non possono essere alienati. In ragione di ciò nel 1988 il Congresso ha riformato il Bankruptcy Code prevedendo, sub sezione 101 del Bankruptcy Code che – in relazione alle municipality – l'insolvenza deve essere intesa come (i) la generale incapacità di pagare i propri debiti alla loro naturale scadenza, fatta eccezione per i debiti contestati in buona fede; ovvero (ii) l'incapacità di pagare i propri debiti. Va precisato che gli indicatori di insolvenza sub (i) e (ii)

---

<sup>80</sup> In re Slocum Lake Drainage District of Lake County, 336 B.R. 387 (Bankr. N.D. III, 2006); sivedaanche In re Timberon Water & Sanitation District, 2008 Bankr. Lexis 3345, at \*6 (Bankr. D.N.M. June 18, 2008).

<sup>81</sup> L'insolvency test per le società tiene conto del valore dei beni della società e dell'ammontare dei debiti. Più precisamente, una società è insolvente se il valore di liquidazione dei suoi beni è inferiore all'ammontare dei debiti. Si veda Fano v. Newport Heights Irrigation Dist., 114 F.2d 563, 565 (9th Cir. 1940)

sono tra loro alternativi, ne consegue che è sufficiente che ricorra una delle due condizioni per poter concludere che la municipality è insolvente.

Giova precisare che il cd. “insolvency test” previsto per le municipalities è differente rispetto a quello utilizzato per le società e che l’insolvenza deve essere valutata alla data del deposito della domanda di ammissione alla procedura concorsuale<sup>82</sup>.

In relazione alla prima ipotesi (i.e., generale incapacità di pagare i debiti) è opportuno precisare che essa descrive la fattispecie in cui la municipality non dispone di fondi sufficienti per pagare i propri debiti correnti alla loro naturale scadenza. Anche nel sistema americano operano alcune presunzioni relative in materia di insolvenza: il mancato pagamento di un debito, ad esempio, rappresenta un indizio dell’insolvenza, ma non ne costituisce una prova “certa”. Potrebbe, infatti, trattarsi di un semplice inadempimento contrattuale o di un debito oggetto di contestazione (nell’an o nel quantum) ovvero espressione di una volontà di “non pagare”<sup>83</sup>. Il mancato pagamento dei debiti non contestati da parte della municipality fa, quindi, presumere l’insolvenza della municipality, ma è sempre ammessa la prova contraria<sup>84</sup>. Così come il

---

<sup>82</sup> In re Hamilton Creek Metropolitan Dist., 143 F.3d 1381, 1384 (10<sup>th</sup> Cir. 1998); In re Slocum Lake Drainage District of Lake County, 336 B.R. 387, 390-391 (Bankr. N.D. III, 2006); In re Town of Westlake, Texas, 38 C.B.C.2d 1046, 1050, 211 B.R. 860, 864 (Bankr. N.D. Tex.1997).

<sup>83</sup> E’, tuttavia, doveroso segnalare che capita molto di rado che una municipality decida di non pagare per una ragione diversa dallo stato di insolvenza ovvero dalla contestazione del debito.

<sup>84</sup> In re Town of Westlake, Texas, 38 C.B.C. 2d 1046, 1050, 211 B.R. 860, 864-865 (Bankr. N.D. Tex. 1997).

mancato pagamento di un debito non ancora scaduto non rappresenta una prova né un indizio della insolvenza<sup>85</sup>.

La seconda ipotesi descritta nella sezione 101 presenta, invece, maggiori difficoltà interpretative dal momento che richiedere un giudizio prognostico<sup>86</sup>. Più precisamente, si ritiene insolvente una municipality che – pur essendo in grado di pagare i suoi debiti correnti – appare incapace di pagare i propri debiti “immediatamente” futuri. Tale valutazione deve essere compiuta sulla base del capitale circolante e non sulla base del valore dei cespiti dell’attivo dal momento che, come anticipato supra, i beni della municipality non possono essere liquidati<sup>87</sup>.

La valutazione in concreto si presenta, tuttavia, molto complessa poiché essa deve essere fondata quanto più possibile su dati reali ed attuali, sebbene essa postuli per natura un giudizio prognostico. Ad esempio, la mera circostanza che una municipality abbia chiuso l’esercizio precedente con un deficit finanziario non è idoneo a integrare il requisito dell’insolvenza. È necessario essere ragionevolmente certi che tale deficit non possa essere colmato e che i debiti che verranno a scadenza siano di ammontare maggiore del cash flow creato dalla municipality nel medesimo arco temporale<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> In re Hamilton Creek Metropolitan Dist., 143 F.3d 1391, 1386 (10<sup>th</sup> Cir. 1998).

<sup>86</sup> In re New York City Off – Track Betting Corp., 427 B.R. 256, 2010 Bankr. LEXIS 791, at \*32 (Bankr. S.D.N.Y. Mar. 22, 2010); In re Hamilton Creek Metropolitan Dist., 143 F.3d 1381, 1384 (10<sup>th</sup> Cir. 1998); In re City of Bridgeport, 25 C.B.C.2d 269, 277, 129 B.R. 332, 336 (Bankr. D. Conn. 1991).

<sup>87</sup> 25 C.B.C.2d. 269, 276-278, 129 B.R. 332, 338. In re City of Vallejo, 408 B.R. 280 (B.A.P. 9<sup>th</sup> Cir. 2009)

<sup>88</sup> In re Town of Westlake, Texas, 38 C.B.C.2d 1046, 1052, 211 B.R. 860, 866 (Bankr. N.D. Tex. 1997).

Tale valutazione deve essere compiuta con estremo rigore, non potendosi sindacare le scelte di natura politico – gestionale della municipality. In particolare, la circostanza che una municipality abbia l'astratta possibilità di risanare i propri debiti mediante un incremento della pressione fiscale non ha alcun impatto sul test dell'insolvenza<sup>89</sup>. Di conseguenza, la Corte è tenuta a dichiarare l'insolvenza di un distretto anche nel caso in cui lo stesso potrebbe aumentare il proprio fatturato mediante un incremento delle tasse e/o dei tributi pagati dai cittadini, in ragione del fatto che l'Autorità giudiziaria non è chiamata a compiere valutazioni politiche ma solo a verificare che la municipality non è in grado di pagare i propri debiti.

Il quarto requisito necessario per accedere alla Chapter 9 è rappresentato dalla volontà di implementare un piano di ristrutturazione dei debiti. Ad una prima lettura esso potrebbe apparire come un elemento implicito, superfluo, scontato. Non è sempre così. La ratio della previsione normativa è quella di evitare che la Chapter 9 venga utilizzata al solo fine di guadagnare tempo oppure per tentare di sfuggire – temporaneamente – all'aggressione dei creditori. Secondo parte della giurisprudenza anche l'eventuale presentazione del piano di ristrutturazione “postfiling” integrerebbe in requisito de quo in quanto attesterebbe la reale volontà di implementare un piano di

---

<sup>89</sup> In re Sullivan County Regional Refuse Disposal Dist., 165 B.R. 60, 75 – 76 (Bankr. D.N.H. 1994); In re Ellicott Sch. Bldg. Auth., 150 B.R. 261, 265 (Bankr. D. Colo. 1992); In re Villages at Castlerock Metro. Dist. No. 4, 145 B.R. 76, 84 (Bankr. D. Colo. 1990); In re Pleasant View Util Dist., 7 C.B.C.2d 788, 796, 24 B.R. 632, 639 n.6, (Bankr. M.D. Tenn.), aff'd, 27 B.R. 552 (M.D. Tenn. 1982).

ristrutturazione<sup>90</sup>. Secondo la Corte la mancata proposizione di un piano di ristrutturazione nella fase antecedente il deposito della richiesta di ammissione a procedura, unita al mancato incremento della pressione fiscale ovvero erariale, rappresentano due elementi che farebbero dedurre la mancanza di volontà, da parte della municipality, di sottoporre un reale e serio piano di ristrutturazione<sup>91</sup>.

Il quarto requisito necessario per l'elegibility, pertanto, sembra ricorrere tutte le volte in cui vi sia una espressa manifestazione di volontà della municipality in tal senso (i.e., delibera o determina dell'organo competente) e una serie di azioni e/o atti e/o attività posti in essere dalla municipality per attuare la dichiarazione di intenti contenuta nella delibera e/o determina dell'organo competente<sup>92</sup>.

In aggiunta ai descritti quattro requisiti necessari, affinché la municipality sia eligibile è necessario che ricorra – alternativamente – uno dei seguenti quattro elementi: (i) la municipality deve aver ottenuto il consenso della maggioranza dei creditori secondo le maggioranze di legge; (ii) la municipality deve aver negoziato in buona fede un piano di ristrutturazione, ma non ha ottenuto il consenso dei creditori secondo le maggioranze di legge; (iii) non è possibile negoziare un piano di risanamento; (iv) esiste il rischio concreto che un

---

<sup>90</sup> In re Sullivan County Regional Refuse Disposal Dist., 165 B.R. 60, 76 (Bankr. D.N.H. 1994)

<sup>91</sup> 165 B.R. 60, 76-82.

<sup>92</sup> In re New York City Off-Track Betting corporation., 427 B.R. 256, 2010 Nankr. LEEXIS 791, at \*34 – 36 (Bankr. S.D.N.Y. Mar. 22, 2010).

creditore possa procurarsi un privilegio o altro titolo preferenziale a discapito della massa dei creditori.

In relazione al requisito sub (i) si osserva che per l'ordinamento americano il piano che ottiene il consenso da parte della maggioranza delle classi di creditori i cui diritti sono stati pregiudicati – in tutto o in parte – dal piano<sup>93</sup> è accettato dai creditori. Non hanno, invece, il diritto di voto le classi di creditori che non ricevono alcun pregiudizio a seguito della implementazione del piano. Va, inoltre, precisato che il consenso deve riguardare il piano nella sua ultima formulazione. Ne deriva, quindi, che in caso di modifica – che non sia meramente formale - del piano (i.e., materialmentment) è necessario ottenere nuovamente il consenso dei creditori.<sup>94</sup>

Potrebbe, tuttavia, accadere che la municipality abbia avviato la negoziazione con i creditori, ma non sia riuscita ad ottenere il consenso di questi ultimi in conformità alle maggioranze di legge. Secondo l'attuale formulazione del Bankruptcy Code la municipality non perde la propria eligibility qualora dimostri di aver avviato e, successivamente, proseguito le trattative con i creditori in totale buona fede (i.e., goodfaith). La ratio della regola risiede nel cd. “cramdownpower”<sup>95</sup>. Si tende, quindi, ad ammettere alla Chapter 9 anche

---

<sup>93</sup> Ciascuna classe di creditori assume le proprie decisioni in conformità al principio maggioritario, restando inteso che la maggioranza è calcolata sulla base del valore dei crediti e non per teste.

<sup>94</sup> In *New Smyrna-DelandDrainageDistrict v. Thomas*, 234 F.2d 338 (5<sup>th</sup> Cir. 1956) la Corte ha rigettato la domanda di ammissione a procedura concorsuale perché il piano era stato modificato ed il debitore non aveva richiesto nuovamente il consenso dei creditori sul nuovo piano.

<sup>95</sup> Tale istituto sarà più ampiamente analizzato nel paragrafo relativo alla Chapter 11. Ai fini della presente disamina appare opportuno fornire una brevissima descrizione: esso è il principio in virtù del quale la corte può ammettere un debitore alla procedura concorsuale,

le municipalities che, pur agendo in conformità alle regole, non sono riuscite ad ottenere il consenso dei creditori<sup>96</sup>.

La terza ipotesi si verifica quando la municipality – per cause alla stessa non imputabili - non è nella condizione di poter negoziare un piano di risanamento con i propri creditori. Tale ipotesi è molto più ricorrente di quanto si possa immaginare: si pensi all'ipotesi in cui la municipality ha emesso diverse categorie di bonds al portatore. In un tale scenario sarebbe arduo, se non impossibile e dannoso tentare di individuare nominativamente tutti i creditori ed avviare con loro una trattativa in merito al piano<sup>97</sup>. Nella maggior parte dei casi, infatti, al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura concorsuale, la municipality si trova senza liquidità o, comunque, con scarsissime risorse finanziarie. Un eventuale ritardo connesso alla individuazione dei creditori e la successiva negoziazione renderebbero inutile, perché tardivo, lo strumento di tutela della Chapter 9.

L'ultima ipotesi si verifica quando vi sia il fondato timore che un creditore possa richiedere, ed ottenere, un privilegio legale ovvero un titolo preferenziale rispetto agli altri creditori. Si tende, in tal modo, a tutelare la par condicio

---

anche in assenza del consenso della maggioranza dei creditori, a condizione che almeno una classe dei creditori abbia accettato il piano e quest'ultimo appaia ragionevole.

<sup>96</sup> Secondo un primo orientamento sarebbe necessario che la municipality predisponga un piano formale e molto dettagliato (In re Sullivan County Regional Refuse Disposal District, 165 B.R. 60, 78 (Bankr. D.N.H. 1994). Secondo altro orientamento, invece, sarebbe da preferire un approccio più sostanziale (In re New York City Off-Track Betting Corp., 427 B.R. 256, 2010 Bankr. LEXIS 791, at \*43 (Bankr. S.D.N.Y. Mar 22, 2010). Secondo tale ultimo orientamento, quindi, ricorrerebbe il requisito de quo anche nel caso in cui le difficoltà economiche di una municipality derivino da uno specifico creditore e la municipality, nella fase di negoziazione, abbia proposto – senza successo e non ponendola all'interno di un piano formale e dettagliato - una transazione ragionevole a tale creditore.

<sup>97</sup> In re City of Vallejo, 408 B.R. 280, 298 (B.A.P. 9<sup>th</sup> Cir. 2009); In re Sullivan County Regional Refuse Disposal District, 165 B.R. 60, 79 n. 54 (Bankr. D.N.H. 1994).

creditorum in un momento di pre-crisi, al fine di evitare che uno dei creditore possa avvantaggiarsi ingiustamente nei confronti degli altri ottenendo un pegno, un'ipoteca ovvero altro titolo preferenziale.

D. *Dalla "petition" alla "dismissal"*. Il debitore (i.e., la municipality) che è in stato di crisi ed intende presentare un piano di ristrutturazione ai sensi della Chapter 9 è tenuto a depositare una petition, ovvero una formale richiesta di ammissione a procedura. L'Autorità giudiziaria, ai sensi della sezione n. 921 del Bankruptcy Code<sup>98</sup>, verifica se il debitore è in possesso di tutti i requisiti – soggettivi ed oggettivi – per l'eligibility. Qualora tale valutazione dia un esito negativo, l'Autorità giudiziaria è tenuta a rigettare la richiesta del debitore. In caso contrario, invece, la stessa è tenuta ad emettere un provvedimento di ammissione alla procedura. A prescindere dall'esito della valutazione compiuta dalla Corte, il provvedimento adottato da quest'ultima deve essere pubblicato in almeno due quotidiani, diffusi all'interno del distretto in cui ha sede la municipality ed in cui hanno sede i principali creditori, per almeno 3 settimane. In caso di accoglimento della richiesta di ammissione a procedura concorsuale il debitore gioverà di una serie di benefici.

In particolare, il primo effetto derivante dall'emissione del cd. "orderrilief" è rappresentato dal divieto di intraprendere ovvero proseguire azioni esecutive

---

<sup>98</sup> Ai sensi della sezione 921, lettere (c) e (d) "After any objection to the petition, the court, after notice and a hearing, may dismiss the petition if the debtor did not file the petition in good faith or if the petition does not meet the requirements of this title. If the petition is not dismissed under subsection (c) of this section, the court shall order relief under this chapter notwithstanding section 301(b)."

nei confronti della municipality (i.e., automatic stay) ai sensi della sezione 362 del Bankruptcy Code. In caso di ristrutturazione dei debiti di una municipality, tuttavia, l'ordinamento prevede una protezione ulteriore ed aggiuntiva rispetto a quella garantita dalla citata sezione 362.

La sezione 922<sup>99</sup>, infatti, estende il divieto di iniziare ovvero proseguire azioni esecutive anche nei confronti di funzionari (i.e., officers) ovvero abitanti della municipality che siano debitori di quest'ultima<sup>100</sup>. La ratio della previsione normativa è quella di evitare che un creditore possa ingiustamente avvantaggiarsi nei confronti degli altri creditori esercitando una azione nei confronti del debtor debitoris. La medesima previsione, inoltre, vieta al creditore di compiere qualsiasi attività che possa pregiudicare o impedire alla municipality di riscuotere le tasse ed i tributi ovvero di escutere diritti di pegno o altro onere reale afferente proprietà collocate all'interno del distretto.<sup>101</sup> Il beneficio del cd. additional automatic stay, di cui alla sezione 922, terminerà di produrre effetti – al pari dell'automatic stay di cui alla sezione 362 – in caso di completa esecuzione del piano di ristrutturazione, ovvero in caso di revoca dell'orderrilief da parte dell'Autorità Giudiziaria.

---

<sup>99</sup> È utile precisare che il divieto di iniziare ovvero proseguire azioni esecutive si applica a tutti i soggetti, sia pubblici sia privati, Stato federale incluso. A tal riguardo si veda *Central Va. Community College v. Katz*, 546 U.S. 256, 126 S. Ct. 990, 163 L. Ed. 2d 945, 54 C.B.C.2d 1233 (2006).

<sup>100</sup> Si veda *Touchton v. City of Fort Pierce*, 109 F.2d 370 (5<sup>th</sup> Cir. 1640), *Faitoute Iron & Steel Co. v. City of Asbury Park*, 316 U.S. 502, 62 S. Ct. 1129, 86 L. Ed. 1629 (1942); *Ashton v. Cameron Co. Water Improvement Dist. No. 1*, 298 U.S. 513, 533 – 534, 56 S. Ct. 892, 897 – 898, 80 L. Ed. 1309, 1315 – 1316 (1936).

<sup>101</sup> Si veda *Faitoute Iron & Steel co. v. City of Asbury Park*, 316 U.S. 502, 509, 62 S.Ct. 1129, 1133, 86 L. Ed.1629, 1634 – 1635 (1642).

Ci sono alcune eccezioni alla regola dell'additional automatic stay. Tra queste, la più importante riguarda le cd. "pledged special revenues", ossia una categoria di introiti delle municipality che gode di un trattamento estremamente privilegiato. Più precisamente, in alcuni specifici settori le municipalities organizzano delle vere e proprie operazioni di finanza strutturata e garantiscono i propri creditori con le revenues derivanti dal servizio che essi hanno finanziato. I profitti dell'attività servono, quindi, a ripagare in primis i soggetti che l'hanno finanziata. La deroga deve essere interpretata nel senso che il debitore (i.e., la municipality) è legittimato a pagare i creditori titolari di una garanzia sulle "special revenues"<sup>102</sup>, ma non legittima questi ultimi ad avviare un'azione nei confronti del debitore per ottenerne il pagamento. In altre parole, è lecito il pagamento, ma non è possibile ottenere il pagamento in via giudiziale.

Il debitore è, inoltre, tenuto a depositare una lista dei propri creditori, indicandone le generalità, la natura del credito e l'ammontare dello stesso. Naturalmente tutti i crediti che sono stati inseriti nella lista non dovranno essere provati, in quanto il debitore ne ha esplicitamente ammesso l'esistenza.

---

<sup>102</sup> Ai sensi della sezione 902, che contiene un elenco delle definizioni utilizzate nella chapter 9, "special revenues" means—

(A) receipts derived from the ownership, operation, or disposition of projects or systems of the debtor that are primarily used or intended to be used primarily to provide transportation, utility, or other services, including the proceeds of borrowings to finance the projects or systems;

(B) special excise taxes imposed on particular activities or transactions;

(C) incremental tax receipts from the benefited area in the case of tax-increment financing;

(D) other revenues or receipts derived from particular functions of the debtor, whether or not the debtor has other functions; or

(E) taxes specifically levied to finance one or more projects or systems, excluding receipts from general property, sales, or income taxes (other than tax-increment financing) levied to finance the general purposes of the debtor;

Ciascun creditore conserva, però, il diritto di contestare l'ammontare del credito ovvero la sua esigibilità ovvero la sua liquidità. I crediti che sono sottoposti a condizione, che non sono liquidi ovvero che sono stati contestati, invece, dovranno essere provati dai rispettivi titolari.

Successivamente all'accesso alla procedura concorsuale ex Chapter 9 il debitore (i.e., la municipality) mantiene tutti i poteri di gestione e controllo che aveva ante procedura. Questa è una caratteristica della procedura concorsuale riservata alle municipality e le ragioni sono di natura politica ed amministrativa: si vuole evitare che soggetti terzi possano intromettersi nella gestione della res publica. Tuttavia, qualora il debitore si rifiuti di compiere alcune azioni "necessarie" per la tutela degli interessi dei creditori, l'ordinamento prevede la possibilità che sia nominato un trustee. Nel dettaglio, nel caso in cui il debitore abbia compiuto transazioni nel periodo sospetto (ad esempio operazioni compiute nei 90 giorni antecedenti alla data del deposito della domanda di ammissione a procedura) e lo stesso si rifiuti di intraprendere un'azione giudiziale volta al recupero del bene fuoriuscito dalla propria massa attiva, l'Autorità giudiziaria, su richiesta di un creditore, può nominare un trustee. Tale nomina è ad acta, nel senso che viene nominato al solo fine di esercitare quella determinata azione giudiziale.

Le ragioni che potrebbero indurre il debitore a non esercitare le azioni volte al recupero di un bene e le ragioni dei creditori a richiedere la nomina di un trustee possono essere le più disparate e queste ultime, talvolta, non supportate

da buona fede<sup>103</sup>. Pertanto, spetta alla Corte esaminare i motivi a sostegno della richiesta del creditore, la sussistenza del suo interesse ad agire, l'opportunità di nominare un trustee<sup>104</sup>. Essa dovrà, inoltre, provvedere alla individuazione del trustee ed alla determinazione del compenso, non vi sono, infatti, previsioni normative che disciplinano espressamente né la nomina né il compenso.

La medesima previsione che disciplina la nomina del trustee (i.e., sezione 926) regola anche i pagamenti in favore dei titolari di “bond” o “note”. Più precisamente, tale norma protegge tali pagamenti, escludendone di conseguenza la ripetibilità anche se effettuati a ridosso della data di deposito della domanda di ammissione alla procedura. La norma fa espresso riferimento ai “trasferimenti di proprietà del debitore” in favore dei titolari di “bond” o “note”<sup>105</sup>. Ne consegue, quindi, che non rientrano nell'ambito di applicazione della norma tutti i trasferimenti che non implicano un trasferimento della proprietà del debitore.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Si pensi al caso in cui uno o più creditori hanno il timore ovvero la certezza di essere fortemente penalizzati dal piano di ristrutturazione che il debitore sta predisponendo. E richiedono la nomina del trustee al fine di distogliere l'attenzione del debitore dal piano di ristrutturazione. E' evidente, infatti, che la nomina del trustee richiede un coinvolgimento del debitore, un dispendio di energie e di tempo che rallentano la predisposizione del piano e, talvolta, lo rendono addirittura non più praticabile.

<sup>104</sup> Si ricorda, infatti, che la nomina di un trustee rappresenta in ogni caso una forma di ingerenza nell'esercizio del potere politico ed amministrativo che è di competenza esclusiva della municipality. Ogni deroga a tale principio, pertanto, dovrà essere supportata da valide e fondate ragioni.

<sup>105</sup> Nella sezione non è presente una definizione dei bond e delle notes. In linea di massima, però, i bonds sono titoli obbligazionari mentre i notes sono assimilabili alle nostre cambiali.

<sup>106</sup> Si pensi al caso in cui la municipality deposita sistematicamente fondi su un conto corrente destinato al pagamento dei titolari di bonds e note. L'effettivo pagamento sarà probabilmente effettuato alla scadenza della rata ovvero degli interessi e, quindi, successivamente alla data del trasferimento dei fondi sul conto corrente. In un tale scenario, il pagamento della rata ovvero degli interessi non costituiscono un trasferimento di proprietà

Come si è anticipato, alla Chapter 9 si applicano numerose previsioni di carattere generale, contenute in altre sezioni del Bankruptcy Code. Tra esse assume rilievo la sezione 552, ai sensi della quale tutte le proprietà del debitore acquistate successivamente alla data della petition non sono soggette ad alcun pegno o altro onere reale derivante da contratti sottoscritti in epoca anteriore al deposito della domanda. La sezione 928, tuttavia, prevede una eccezione a tale regola: le special revenues<sup>107</sup> incassate dal debitore successivamente alla data di ammissione alla procedura concorsuale. Esse, infatti, a differenza di ogni altro bene acquistato dal debitore successivamente alla data di ammissione a procedura concorsuale, saranno soggette a pegno ovvero altro diritto reale costituito in virtù di contratti sottoscritti anteriormente alla data di ammissione a procedura. In ogni caso, però, i diritti di garanzia reale sulle special revenues saranno postergati rispetto al pagamento delle spese di gestione e di funzionamento del bene ovvero servizio che si è finanziato e/o al quale sono connesse le special revenues (i.e., sezione 928 (b)).

Ad una prima analisi tale previsione sembra di facile applicazione: si pensi, infatti, all'ipotesi di una municipality che si occupa della gestione di un ponte. Dai profitti generati dovranno essere sottratte le spese necessarie per il funzionamento del ponte (i.e., stipendi dei dipendenti, spese di manutenzione, etc). La questione diventa più complessa quando non c'è un nesso diretto tra i profitti e le spese di gestione: si pensi al caso in cui la municipality intenda

---

dal momento che i fondi erano stati già destinati a tale scopo con il precedente trasferimento sul conto corrente "destinato".

<sup>107</sup> Si veda supra nota 64 in merito alla definizione di special revenues.

finanziare il miglioramento delle infrastrutture di un quartiere mediante l'emissione di bonds (per la copertura dell'investimento) e mediante l'imposizione di nuove tasse (necessarie per ripagare i finanziatori). In un tale scenario, il pegno verrà costituito sulle "nuove" ed "aggiuntive" tasse e mancherà, quindi, un nesso diretto tra le spese di gestione e le revenues. In queste ipotesi sarà, dunque, necessario compiere una valutazione diversa, volta a comprendere per esempio se esistano altre risorse finanziarie, non soggette a vincolo reale, che possano essere utilizzate per pagare le spese di gestione. In caso di esito negativo, allora, sarà implicito e necessario utilizzare le special revenues<sup>108</sup>.

L'epilogo naturale e fisiologico della procedura di ristrutturazione della municipality è ovviamente l'implementazione e l'esecuzione del piano di salvataggio. Può, tuttavia, accadere che la procedura disciplinata dalla Chapter 9 venga interrotta anzitempo per il verificarsi di un evento, anche non imputabile direttamente al debitore, tale da incidere negativamente sulla procedura concorsuale<sup>109</sup>. A tal riguardo la sezione n. 930 del Bankruptcy code disciplina i casi di dismissal della petition, dividendoli in due categorie: ipotesi facoltative di dismissal ed ipotesi obbligatorie di dismissal. Il legislatore americano ha individuato sei ipotesi facoltative ed una sola ipotesi obbligatoria.

---

<sup>108</sup> Si veda *Group Institutional Investors v. Chicago, Milwaukee, St. Paul & Pac. R.R. Co.*, 318 U.S. 523, 63 S. Ct. 727, 87 L. Ed. 959 (1943); *Official Comm. Of Equity Sec. Holders v. Mabey (In re A.H. Robins Co.)*, 832 F.2d 299, 17 C.B.C.2d 1210 (4<sup>th</sup> Cir. 1987), cert. denied, 485 U.S. 962, 108 S.Ct. 1228, 99 L. Ed. 2d 428 (1988).

<sup>109</sup> *In re Richmond Unified Sch. Dist.*, 133 B.R.221, 224 (Bankr. N.D. Cal. 1991)

Nell'ambito della prima categoria rientra: l'ipotesi di "want of prosecution". Un esempio potrebbe essere il fallimento di ogni negoziazione con i creditori, la violazione di specifiche ordinanze ovvero indicazioni vincolanti ricevute dalla Corte, l'irragionevole ritardo che possa arrecare un pregiudizio irreparabile ai creditori.

Non integra, invece, tale fattispecie il caso in cui il debitore abbia ritardato un pagamento in quanto impegnato nella predisposizione di tutti i documenti necessari per richiedere l'ammissione alla Chapter 9<sup>110</sup>, l'ipotesi di mancata presentazione del piano entro i termini fissati dalla Corte o di mancata accettazione del piano da parte dei creditori<sup>111</sup>, di mancata conferma del piano da parte della Corte e mancata concessione di un termine ulteriore per modificare lo stesso; ancora, l'ipotesi di inadempimento del debitore successivamente alla conferma del piano da parte della Corte. In riferimento a tale ultima ipotesi, occorre sottolineare che nessuna previsione regola gli effetti e le conseguenze derivanti dalla dismissal: nessuna norma disciplina, infatti, le conseguenze nel caso in cui l'effetto liberatorio – derivante dalla confirmation – venga meno né si stabilisce se la caducazione dal beneficio esdebitatorio produca efficacia ex tunc ovvero ex nunc. Nella prassi accade che la Corte, in virtù degli ampi poteri di cui dispone, regola tale aspetto all'interno del provvedimento con il quale dichiara la dismissal.

---

<sup>110</sup> Si veda *In re New York City Off – Track Betting Corporation*, 2010 Bankr. LEXIS 791, at \*57 - 60 (Bankr. S.D.N.Y. Mar. 22, 2010)

<sup>111</sup> Tale fattispecie troverà ovviamente applicazione soltanto nel caso in cui il debitore non abbia alcuna possibilità di ottenere l'accettazione del piano da parte dei creditori, ivi inclusa l'applicazione dalla cramdown rule.

Il ricorrere di una delle ipotesi descritte costituisce una condizione necessaria, ma non sufficiente, per la perdita del beneficio della procedura concorsuale. È sempre necessario che la Corte, in virtù degli amplissimi poteri conferiti dall'ordinamento, ritenga opportuno dichiarare la dismissal del caso. Potrebbe, pertanto, accadere che in due distinte ipotesi si verifichi la medesima ipotesi "facoltativa" di dismissal (e.g., mancata presentazione del piano di ristrutturazione entro i termini) ed in un caso la Corte decida di dichiarare decaduto il debitore dalla procedura concorsuale, mentre nell'altro caso la Corte decida in maniera diametralmente opposta. Questa, che prime facie potrebbe apparire come una assenza di equità, si giustifica in ragione del diverso ruolo che l'Autorità giudiziaria ha nel sistema americano. La Corte, infatti, dispone di un ampio margine di discrezionalità, tale da incidere anche in maniera sostanziale sull'applicazione delle norme<sup>112</sup>.

L'unica ipotesi "obbligatoria" di dismissal è quella in cui la Corte rifiuti di confermare il piano di ristrutturazione presentato dal debitore. In questo caso il verificarsi dell'evento dedotto in condizione (i.e., rifiuto di confermare il piano di salvataggio) costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dismissal. In tal caso, dunque, la Corte non dispone di alcun potere discrezionale, ma è tenuta a dichiarare l'interruzione della procedura concorsuale e la conseguente perdita, da parte del debitore, dei benefici connessi alla stessa.

---

<sup>112</sup> Si veda *In re Sanitary&Improvement Dist.*, 98 B.R. 970 (Bankr. D. Neb. 1989)

E. *Piano di ristrutturazione*. A differenza di quanto accade nella procedura regolata dalla Chapter 11<sup>113</sup>, in quella regolata dalla Chapter 9 il debitore è l'unico soggetto legittimato a poter presentare il piano di ristrutturazione<sup>114</sup>. Nessun altro soggetto, infatti, è legittimato a presentare un piano di ristrutturazione in sostituzione ovvero in concorrenza con quello presentato dal debitore.

Il debitore - di regola - deposita il piano congiuntamente alla petition dal momento che nel periodo che precede il deposito della domanda di ammissione alla procedura, il debitore avvia le trattative con i propri debitori e tale attività richiede necessariamente la predisposizione del piano. Può, tuttavia, accadere che il debitore non sia in grado di predisporre il piano entro la data di deposito della domanda di ammissione alla Chapter 9. In un tale scenario la Corte assume un ruolo dirimente, in quanto essa ha il potere di decidere in merito al differimento della presentazione del piano di ristrutturazione, nonché in merito al termine giudiziale entro cui il debitore deve tassativamente presentare il piano. Nella prassi l'Autorità giudiziaria tende a concedere alle municipalities termini non eccessivamente brevi. La ratio di tale scelta è di facile intuizione: la concessione di un cd. short time, infatti, potrebbe non garantire al debitore la serenità necessaria per studiare la migliore soluzioni per la propria crisi.

---

<sup>113</sup> Sul punto cfr. *infra*.

<sup>114</sup> Si veda *Ashton v. Cameron County Water Improvement District. N. 1*, 298 U.S. 513, 56 S.Ct. 892, 80 L. Ed. 1309 (1936); e *United States v. Bekins*, 304 U.S. 27, 58 S. Ct. 811, 82 L. Ed. 1137 (1938).

Il piano di ristrutturazione può essere modificato dal debitore in ogni momento fino alla approvazione da parte della Autorità Giudiziaria, sempreché ovviamente il piano “modificato” sia conforme alle previsioni di legge<sup>115</sup>. La modifica del piano si presenta, quindi, come un pieno diritto del debitore. A conferma di ciò si nota che non è richiesta alcuna pubblicizzazione della modifica né è concessa a nessun soggetto interessato la facoltà di essere ascoltato a seguito di una modifica<sup>116</sup>. L’eventuale modifica del piano non richiede neanche una nuova manifestazione di volontà da parte di tutti i creditori che avevano in precedenza accettato il piano e soprattutto che non vedono lesi i propri diritti a seguito della modifica del piano<sup>117</sup>.

Anche se il Bankruptcy Code non disciplina l’eventuale modifica del piano successivamente all’approvazione da parte della Corte, dall’analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali sembra che una tale opzione sia lecita.

In un primo caso<sup>118</sup> la giurisprudenza ha ricostruito il piano di ristrutturazione come un contratto plurilaterale e, come tale, modificabile con il consenso delle

---

<sup>115</sup> Ai sensi della sezione n. 942 del Bankruptcy Code “The debtor may modify the plan at any time before confirmation, but may not modify the plan so that the plan as modified fails to meet the requirements of this chapter. After the debtor files a modification, the plan as modified becomes the plan.”

<sup>116</sup> Fino al 1976 ogni modifica del piano doveva essere approvata dall’Autorità Giudiziaria. In precedenza, però, il piano doveva essere necessariamente depositato congiuntamente alla domanda di ammissione a procedura concorsuale; il piano, quindi, rappresentava un prerequisito per il deposito della domanda. Una eventuale modifica del piano costituiva una modifica di un prerequisito della domanda, che era stato già valutato dalla Corte al momento del deposito. In un tale sistema, quindi, era naturale che la modifica del piano dovesse essere approvata dalla Corte dal momento che essa incidere su un prerequisito della domanda di ammissione che la Corte aveva valutato in precedenza.

<sup>117</sup> Si veda la sezione 1127 (d) del Bankruptcy Code e la Federal Rule of Bankruptcy Procedure 3019.

<sup>118</sup> American United Life Insurance Co. v. Haines City, 117 F.2d 574 (5<sup>th</sup> Cir. 1941). In questa occasione la Corte rigettò la richiesta di modifica del piano perché non ravvisò nessun errore

parti in caso di errore o in presenza di circostanze sopravvenute, sempreché il piano modificato continui ad essere conforme alle previsioni di legge.

In un altro caso, invece, la giurisprudenza, oltre a sancire la legittimità di una eventuale modifica del piano successivamente alla approvazione da parte della Corte, ha, altresì, accettato la richiesta di modifica<sup>119</sup>. Nel caso di specie, i giudici di primo grado avevano negato la possibilità di modificare il piano, argomentando che nessuna previsione normativa legittima un tale *modus operandi* e che il piano era stato già parzialmente eseguito. Un'eventuale modifica dello stesso avrebbe, quindi, arrecato un pregiudizio ad alcuni creditori. La decisione fu integralmente riformata dai giudici di seconde cure, secondo i quali è lecita la modifica di un piano di ristrutturazione anche successivamente alla approvazione da parte della Corte.

In sintesi, dunque, si può affermare che è lecito modificare il piano di risanamento anche successivamente all'approvazione da parte della Corte, dato che il piano è un negozio plurilaterale e, quindi, modificabile in caso di errore o circostanze sopravvenute<sup>120</sup>; il piano spesso prevede i termini e le condizioni per un'eventuale modifica successivamente alla approvazione da parte della Corte<sup>121</sup>; è necessario che il piano non deve essere ancora stato eseguito<sup>122</sup>;

---

ovvero altra circostanza sopravvenuta e, soprattutto, ritenne che una eventuale modifica del piano avrebbe pregiudicato i diritti dei creditori.

<sup>119</sup> *Ault v. Emblem Corp.* (In re Wolf Creek Valley Metropolitan District No. IV), 138 B.R. 610 (D. Colo 1992).

<sup>120</sup> *American United Life Ins. Co. v. Haines City*, 117 F.2d 574, 576 (5<sup>th</sup> Cir. 1941)

<sup>121</sup> *Wells Fargo Bank & Union Trust Co. v. Imperial Irrigation Dist.*, 136 F.2d 539, 550 (9<sup>th</sup> Cir. 1943).

<sup>122</sup> *Ault v. Emblem Corp.* (In re Wolf Creek Valley Metro Dist. No. IV), 138 B.R. 610, 619 (D. Colo 1992).

inoltre, la Corte continua ad avere il potere di intervenire sul piano fino a che lo stesso non è stato completamente implementato.

Indipendentemente da eventuali modifiche del piano, anche in corso d'opera, la validità del piano di ristrutturazione deve essere vagliata dall'Autorità giudiziaria americana che dovrà verificare la conformità dello stesso ai requisiti richiesti dalla legge, che sono indicati nella sezione 943 del Bankruptcy Code. La citata previsione normativa individua sette differenti condizioni che devono concorrere congiuntamente affinché la Corte possa, o meglio debba, provvedere ad approvare il piano di ristrutturazione.

La prima condizione è che il piano sia conforme alle previsioni contenute nella Chapter 11 e rese applicabili nella Chapter 9 dalle sezioni 103(f) e 901(a)<sup>123</sup>. Tra le principali previsioni applicabili si ritiene utile segnalare quella che impone al debitore di presentare il piano di ristrutturazione “in buona fede”. Così come nell'ordinamento italiano, anche in quello americano manca una definizione di “buona fede”. Ed anche nell'ordinamento americano sarà, quindi, necessario verificare caso per caso, e secondo le circostanze della singola fattispecie, quando il piano sia presentato secondo buona fede. Si ritiene che non sia presentato in buona fede un piano che preveda un trattamento differente in favore di soggetti titolari di bond<sup>124</sup>; oppure il piano che mette a rischio la funzionalità dei pubblici servizi durante la fase di

---

<sup>123</sup> Non tutte le previsioni della Chapter 11 costituiranno una condizione per l'approvazione da parte della Corte. Soltanto il mancato rispetto delle previsioni normative che incidono in maniera rilevante sui diritti dei creditori può legittimare la Corte a negare la confirmation.

<sup>124</sup> Si veda American UnitedMut. Life Ins. Co. V. City of Avon Park, 311 U.S. 138, 61 S. Ct. 157, 85 L. Ed. 91 (1940).

implementazione ed esecuzione del piano stesso<sup>125</sup>; né il piano che prevede un trattamento privilegiato per i contribuenti che rinuncino ad una parte dei loro crediti nei confronti della municipality<sup>126</sup>; né un piano che abbia il solo fine di guadagnare tempo e, per l'effetto, aggravare lo stato di crisi<sup>127</sup>; né un piano che non prevede la correzione di quegli errori che hanno determinato lo stato di crisi<sup>128</sup>.

La seconda previsione della Chapter 11 che trova sicuramente applicazione ed è degna di nota è contenuta nella sezione 1129 (a)(8), secondo cui il piano deve essere accettato da tutte le classi di creditori i cui diritti saranno modificati in peius a seguito dell'implementazione del piano.

La sezione 1129 precisa che per ciascuna classe dovranno votare favorevolmente almeno la maggioranza numerica dei creditori ed almeno i 2/3 dei crediti della classe.

Potrebbe, tuttavia, accadere che il piano venga confermato dalla Corte anche nel caso in cui non siano state raggiunte le maggioranze sopra descritte. Il sistema americano, infatti, prevede un'eccezione alla regola della maggioranza: il cd. *cramdown*<sup>129</sup>. Tale istituto riconosce all'Autorità Giudiziaria il potere di

---

<sup>125</sup> Si veda *Mount Carbon Metropolitan District*, 242 B.R. 18, 41 – 42 (D. Colo. 1999).

<sup>126</sup> Si veda *Kaufman County Levee Improvement District no. 4 v. Mitchell*, 116 F.2d 959 (5<sup>th</sup> Cir. 1941); e *Town of Belleair v. Groves*, 132 F.2d 542 (5<sup>th</sup> Cir. 1941), cert. denied, 318 U.S. 769, 63 S. Ct. 762, 87 L. Ed. 1140 (1943)

<sup>127</sup> *West Coast Life Ins. Co. v. Merced Irrigation Dist.*, 114 F.2d 654, 671 (9<sup>th</sup> Cir. 1940), cert. denied, 311 U.S. 718, 61 S. Ct. 441, 85 L. Ed. 467 (1941).

<sup>128</sup> *Lorber v. Vista Irrigation Dist.*, 127 F.2d 628, 635-636 (9<sup>th</sup> Cir. 1942).

<sup>129</sup> La regola del *cram-down* è prevista negli USA per la riorganizzazione delle imprese in crisi, secondo un programma proposto dal debitore, programma che il giudice può dichiarare vincolante per tutti i creditori, purché lo ritenga equo, anche se una parte dei creditori non lo abbia approvato. Più precisamente, nel *Chapter 11* il *cram-down* è disposto dalla *Bankruptcy Court*, se almeno una delle classi abbia votato a favore e se la classe dissenziente non riceva un trattamento iniquo (*fair and equitable standard*). Quest'ultimo requisito è inteso nel senso alla

confermare il piano, anche in assenza del consenso della maggioranza dei creditori, sempreché almeno una classe di creditori “pregiudicata” abbia accettato il piano e lo stesso appaia “fair and equitable”. Tale ultimo istituto è “importato” dalla Chapter 11<sup>130</sup>, ma non può essere applicato sic et simpliciter nella Chapter 9 dal momento che la municipality non può essere considerata come un’azienda e, soprattutto, non può essere liquidata.

Per tentare di dare un contenuto al requisito della “giustizia ed equità” del piano (i.e., fair and equitable requirement) esso deve necessariamente prevedere il pagamento integrale dei “senior creditors” prima di procedere al pagamento dei “junior creditors”<sup>131</sup>. Il piano, inoltre, deve essere “ragionevole”, ovvero deve essere ragionevolmente possibile che il debitore sia in grado di implementare il piano. La Corte, in particolare, dovrà valutare se le risorse economiche del debitore, presenti, future o auspicate, siano idonee a pagare tutti i creditori secondo i termini e le condizioni contenute nel piano. È, inoltre, necessario che il debitore provveda ad esercitare il potere fiscale di cui è titolare al massimo delle proprie possibilità.

Nell’ambito della Chapter 9 un piano è “fair and equitable” se l’ammontare promesso ai titolari di obbligazioni sia il massimo che gli stessi potrebbero

---

duplice condizione che: il singolo creditore non può essere soddisfatto in misura inferiore rispetto a quanto potrebbe ricevere in sede di liquidazione; una classe di creditori di grado inferiore non può essere soddisfatta, se i crediti di rango superiore non vengono prima integralmente soddisfatti (cd. *absolute priority rule*).

<sup>130</sup> Si veda Case v. Los Angeles Lumber Prods. Co., Ltd., 308 U.S. 106, 60 S.Ct. 1, 84 L. Ed. 110 (1939).

<sup>131</sup> L’ordinamento prevede alcune eccezioni a tale regola, quali ad esempio quella in favore dei soggetti che hanno investito nuovi capitali durante la riorganizzazione della municipality (si veda Case v. Los Angeles Lumber Co., 308 U.S. 106, 117, 121 – 122 e Mason v. Paradise Irrigation District, 326 U.S. 536, 541 – 542, 66 S. Ct. 290, 292, 90 L. Ed. 287, 290 - 291

ricevere in quella determinata situazione. Il legislatore americano non ha provveduto a definire il concetto di “ragionevoli aspettative”<sup>132</sup>; anche in questo caso sembra opportuno procedere ad una definizione del concetto ex adverso: ai fini della ragionevolezza delle aspettative degli obbligazionisti non è necessario valutare la futura inflazione<sup>133</sup>, né l’eventuale oscillazione dell’inflazione tra la data del deposito della domanda di ammissione a procedura e la data della confirmation da parte della Corte<sup>134</sup>, né è necessario che tutte le tasse riscosse dal debitore siano utilizzare per il pagamento dei creditori (è, comunque, necessario garantire il funzionamento della municipality)<sup>135</sup>.

Infine, la cramdownrule nella Chapter 9 richiede che il piano non preveda discriminazioni tra creditori che si trovano nella medesima posizione. Questo requisito sembra essere l’altra faccia della medaglia della “fair and equitable rule”, eppure è previsto stand alone dal legislatore americano<sup>136</sup>. Il contenuto della regola citata è intuibile: un piano non può accordare privilegi o un trattamento preferenziale a creditori appartenenti alla stessa classe e, più

---

<sup>132</sup>Lorber v. Vista Irrigation Dist., 127 F.2d 628, 639 (9th Cir. 1942) (citing West Coast Life Ins. Co. v. Merced Irrigation Dist., 114 F.2d 654, cert. denied, 311 U.S. 718, 61 S. Ct. 441, 85 L. Ed. 467 (1941); Woody v. James Irrigation Dist., 114 F.2d 685 (9th Cir. 1940), cert. denied, 312 U.S. 693, 61 S. Ct. 712, 85 L. Ed. 1129 (1941); Bekins v. Likndsay – Strathmore irrigation Dist., 114 F.2d 680 (9th Cir. 1940); and Jordan v. Palo Verde Irrigation Dist., 114 F.2d 691 (9th Cir. 1940), cert. denied, 312 U.S. 693, 61 S. Ct. 712, 85 L. Ed. 1129.

<sup>133</sup> West Coast Life Ins. Co. v. Merced Irrigation Dist., 114 F.2d 654, 678.

<sup>134</sup> Glenn – Colusa irrigation Dist. V. Mason, 143 F.2d 564, cert. denied, 323 U.S. 758, 65 S. Ct. 92, 89 L. Ed. 607 (1944).

<sup>135</sup>Lorber v. Vista Irrigation Dist., 143 F.2d 282 (9th Cir.), cert. denied, 323 U.S. 784, 65 S. Ct. 270, 89 L. Ed. 626 (1944); Lorber v. Vista Irrigation Dist., 127 F.2d 628 (9th Cir. 1942); Woody v. James irrigation Dist., 114 F.2d 685 (9th Cir. 1940), cert. denied, 312 U.S. 693, 61 S. Ct. 712, 85 L. Ed. 1129 (1941); Gets v. Edinburg Consol. Indep. Sch. Dist., 101 F.2d 734 (5th Cir. 1939).

<sup>136</sup> Si veda H.R. Rep. No. 94 – 686, 94th Cong., 1 st Sess. 32 – 33..

precisamente, a creditori che sono titolari dei medesimi diritti patrimoniali nei confronti del debitore<sup>137</sup>.

Il secondo requisito per ottenere l'approvazione da parte della Corte è la conformità a tutte le previsioni contenute nella Chapter 9. Si tratta di una previsione dal contenuto molto ampio e che non presenta particolari profili di criticità. Il legislatore americano, al pari dei legislatori europei, infatti, onera l'Autorità Giudiziaria di verificare che il debitore abbia rispettato tutte le previsioni che disciplinano la fattispecie (i.e., la Chapter 9).

Il terzo requisito prevede che sia data ampia e piena pubblicità dei costi e delle spese, sostenuti ovvero da sostenere, in relazione alla procedura concorsuale. Fino al 1976 il debitore doveva dare piena evidenza soltanto dei pagamenti dallo stesso effettuato. Successivamente a tale data il legislatore americano ha ampliato l'orizzonte di indagine, facendovi rientrare anche i costi e le spese pagati "indirettamente" dal debitore. La norma, quindi, nella sua formulazione attuale, riconosce alla Autorità Giudiziaria il potere di verificare e controllare sia i pagamenti effettuati direttamente dal debitore sia quelli effettuati per il tramite di interposta persona, utilizzando magari lo schema della delegazione di pagamento.

Il quarto requisito dispone che il piano di ristrutturazione non debba prevedere azioni e/o atti che siano in contrasto con il diritto statale applicabile. La ratio di tale previsione è quella di evitare che il debitore tenti di utilizzare lo strumento della Chapter 9 per porre in essere attività che il diritto statale

---

<sup>137</sup> Si veda *American United Mut. Life Ins. Co. V. City of Avon Park*, 311 U.S. 138, 61 S. Ct. 157, 85 L. Ed. 91 (1940).

(diverso da quello fallimentare) considera illecite ovvero illegali. La Corte, quindi, dovrà negare sempre l'approvazione ad un piano che si ponga in contrasto con la legislazione statale ed, in questo caso, l'ordinamento non ammette eccezioni<sup>138</sup>.

Il quinto requisito dispone che il piano debba prevedere il pagamento integrale dei creditori titolari di crediti che sono qualificati ovvero qualificabili come spese amministrative (i.e., administrative expenses). Non è certamente semplice stabilire quali siano i crediti che possano essere qualificati in tal modo. Sicuramente lo sono tutti i costi e le spese sostenute in relazione alla procedura, quali costi della Corte, costi per le notifiche, costi per la stampa e collazione dei documenti da distribuire tra i creditori.

Dubbi sorgono, invece, circa le c.d. spese di gestione ordinaria. Nell'ambito della Chapter 11 tali costi sono considerati "spese amministrative" in quanto necessari per la conservazione del valore del patrimonio e delle proprietà (i.e., real estate) nell'ottica di una possibile liquidazione. Nella procedura regolata dalla Chapter 9, invece, non ci sono proprietà o patrimoni da liquidare, per questo motivo si tende ad escludere la possibilità di considerare i costi di gestione ordinaria come "spese amministrative".

Il sesto requisito prevede che tutte le attività e/o azioni e/o atti previsti nel piano che richiedano un'approvazione e/o autorizzazione da parte di un'autorità e/o di un ente, siano state previamente approvate e/o autorizzate. Esse possono riguardare qualsiasi aspetto della gestione della municipality, ivi

---

<sup>138</sup> Si veda Sanitary&ImprovementDistrict No.7, 98 B.R. 970

inclusa la richiesta di nuovo denaro, l'emissione di nuovi titoli di debito<sup>139</sup>. Del resto, il piano potrebbe anche essere approvato sub condizione nel caso in cui il debitori dimostri che l'autorizzazione e/o approvazione non sia intervenuta per causa a lui non imputabile.

Il settimo ed ultimo requisito richiede che il piano sia fattibile e che esso rappresenti la soluzione migliore per i creditori. Nell'ambito della procedura regolata dalla Chapter 11 il piano rappresenta la migliore soluzione per i creditori quando essi ricevano una percentuale di credito maggiore di quanto riceverebbero in caso di liquidazione atomistica dei beni sociali. Ovviamente non è possibile mutuare tale aspetto sic et simpliciter nell'ambito della Chapter 9 dal momento che, come detto, la municipality non può essere liquidata, ma dovrà essere necessariamente adattato al diverso contesto. Secondo l'interpretazione prevalente in giurisprudenza anche in caso di Chapter 9 il piano rappresenta il "meglio" per i creditori quando esso rappresenta la migliore soluzione, ove, però, l'alternativa non è rappresentata dalla liquidazione dei beni, ma dalla possibilità che ciascun creditore possa agire singolarmente nei confronti della municipality<sup>140</sup>. Alla luce di tale "test" un piano è considerato la migliore soluzione praticabile tutte le volte in cui i creditori, agendo utisinguli, riceverebbero in pagamento una percentuale di credito inferiore rispetto a quella prevista nel piano. Ciò non implica, però, che

---

<sup>139</sup> Si veda Colorado Springs Spring Creek Gen. Improvement Dist., 177 B.R. 654 (Bankr. D. Colo 1995).

<sup>140</sup> Si veda *Faitoute Iron & Steel Co. V. City of Asbury Park*, 316 U.S. 502, 62 S. Ct. 1129, 86 L. Ed. 1629; *United States v. Bekins*, 304 U.S. 27, 58 S. Ct. 811, 82 L. Ed. 1137; *Ashton v. Cameron County Water Improvement Dist. No. 1*, 298 U.S. 513, 534, 56 S. Ct. 892, 80 L. Ed. 1309; *Sanitary & Improvement Dist. No. 7*, 98 B.R. 970; *Fano v. Newport Heights Irrigation Dist.* 114 F.2d 563, 565 – 566.

tutti i beni della municipality debbano essere messi a disposizione dei creditori. Il debitore, infatti, ha il diritto di trattenere una somma di danaro necessaria per garantire il regolare funzionamento dei servizi dalla municipality<sup>141</sup>.

Il piano, inoltre, deve essere “fattibile”. Il debitore deve, dunque, dimostrare di essere in grado di garantire il regolare funzionamento della macchina amministrativa anche dopo aver pagato tutti i crediti indicati nel piano<sup>142</sup>. La Corte dovrà ovviamente compiere un giudizio prognostico alla luce delle indicazioni ricevute dal debitore.

L’ordinamento, infine, riconosce ai “soggetti titolari di un interesse ad agire” (i.e., party in interest) il diritto di opporsi alla cd. confirmation (i.e., approvazione da parte della Corte). La sezione n. 943 riconosce espressamente ai cd. Special TaxPayer<sup>143</sup> il diritto di opposizione alla confirmation; tuttavia, altre previsioni normative applicabili in virtù di espresso rinvio nonché l’orientamento giurisprudenziale, riconoscono tale diritto anche ai creditori che dimostrino di avere un particolare interesse<sup>144</sup> ed alle associazioni di lavoratori,

---

<sup>141</sup> Si veda *Mount Carbon Metropolitan District*, 242 B.R. 18, 34 (D. Colo 1999); *Lorber v. Vista Irrigation Dist.*, 143 F.2d 282 (9th Cir.), cert. Denied, 323 U.S. 784, 65 S. Ct. 270, 89 L. Ed. 626; *Lorber v. Vista irrigation Dist.*, 127 F.2d 628 (9th Cir. 1942); *Moody v. James Irrigation Dist.*, 114 F.2d 685 (9th Cir. 1940), cert. denied, 312 U.S. 693, 61 S. Ct. 712, 85 L. Ed. 1129.

<sup>142</sup> Si veda *Corcoran Hosp. Dist.*, 223 B.R. 449, 453; *Mount Carbon Metropolitan District*, 242 B.R. 18, 37 – 38; *Colorado Springs Creek Gen. Improvement Dist.*, 177 B.R. 684.

<sup>143</sup> La sezione 902 (3) contiene la definizione di Special TaxPayer. Esso indica “record owner or holder of legal or equitable title to real property against which a special assessment or special tax has been levied the proceeds of which are the sole source of payment of an obligation issued by the debtor to defray the cost of an improvement relating to such real property”.

<sup>144</sup> Sicuramente saranno legittimati i creditori i cui diritti di credito saranno pregiudicati e/o modificati in peius dal piano; tuttavia, nel caso in cui sia possibile dimostrare che il piano di ristrutturazione renderebbe ancor più instabile la situazione finanziaria del debitore, secondo parte della giurisprudenza anche i creditori appartenenti alle classi cd. not “unpaired”, ovvero

ai contribuenti<sup>145</sup> ed alla Agenzia Federale Americana<sup>146</sup>. Sarà onere del soggetto che intende opporsi all'approvazione del piano di ristrutturazione dimostrare di avere un interesse rilevante nella controversia.

A seguito della approvazione da parte della Corte il piano vincolerà tutti i creditori ad eccezione di quelli specificamente indicati nel piano e di quelli che non hanno ricevuto alcuna notifica ovvero non sono venuti a conoscenza della procedura concorsuale. Il debitore sarà liberato da tutti i propri crediti qualora concorrano le tre seguenti condizioni: (i) il piano sia stato approvato dalla Corte; (ii) il debitore abbia affidato le risorse finanziarie necessarie per pagare i creditori ad un soggetto nominato dalla Corte; (iii) tutte le garanzie di pagamento rilasciate dal debitore siano considerate valide ed efficaci dalla Corte.

#### ***4. La disciplina delle società private: la Chapter 11***

A. *Principi generali.* La Chapter 11 contiene la disciplina della crisi delle società commerciali operanti nell'ambito del territorio americano e soggette al diritto statunitense. La disciplina della crisi d'impresa è frutto del bilanciamento di due opposte esigenze: da un lato, quella dell'imprenditore di continuare la

---

a classi i cui diritti di credito non vengono modificati a seguito del piano, potrebbero avere il diritto di opporsi.

<sup>145</sup> Si pensi al caso in cui il piano di ristrutturazione preveda l'imposizione di nuove tasse ovvero l'incremento di tasse e tributi già esistenti. In tale ipotesi i contribuenti che sarebbero costretti a pagare nuove tasse ovvero tasse più elevate avrebbero il diritto di opporsi.

<sup>146</sup> L'Agenzia Federale Americana ha il diritto di opporsi alla confirmation del piano di ristrutturazione, ma non ha il diritto di appellare l'eventuale decisione sfavorevole.

gestione dell'impresa in maniera economicamente profittevole; dall'altra, quella dei creditori sociali di vedere tutelati al meglio i propri diritti ed aspettative<sup>147</sup>.

Il fine perseguito dalla Chapter 11 è quello di consentire all'imprenditore in crisi di proseguire la propria attività commerciale, continuando a creare ricchezza per sé e per il Paese, ovvero, in alternativa, cedere la propria azienda ad un soggetto che ha i mezzi e le capacità per gestirla in maniera economicamente profittevole<sup>148</sup>. La liquidazione degli assets aziendali rappresenta, pertanto, la soluzione estrema, da valutare soltanto nel caso in cui le prime due (i.e., prosecuzione dell'attività ovvero trasferimento dell'azienda) non appaiano in alcun modo perseguibili.

La Chapter 11 contiene una serie di incentivi in favore del debitore affinché questi decida tempestivamente di accedere alla procedura concorsuale prevista dalla Chapter 11.

Tra le misure predisposte dal sistema americano a garanzia dell'imprenditore si segnala: la possibilità che questi continui a gestire la propria impresa; la

---

<sup>147</sup> Si veda Levi & Moore, *Bankruptcy and Reorganization : A Survey of Changes*, 111, 5 U. Chi. L. Rev. 398, 405; Dodd, *Fair and Equitable Recapitalization*, 55 Harv. L. Rev. 780, 781; Cravath, *Reorganization of Corporations*, in 1 *Some Legal Phases of Corporate Financing, Reorganization and Regulation*, 154; 2 Dewing, *Financial Policy of Corporations*, 1282 (4<sup>th</sup> ed. 1941). Nel caso *Brockett v. Winkle Terra Cotta Co.*, 81 F.2d 949, 953 la cortestatuiche "Reorganization of distressed corporation is primarily and principally a business (economic) problem. It is a means whereby those variously interested financially in a distressed business seek, through continuance of that business as a going concern, to work out for themselves more than they could gain by sale of the assets or of the business to others. Reorganization is occasioned by the situation that the business cannot go on as it is. If it is to continue in control of all or of some of those financially interested in it, a readjustment is necessary. Such readjustment involves suspension or alteration of some or all existing legal interests in the business and property and may involve extinguishment of some interest. It is only because of such changes in legal rights that the matter of reorganization comes into courts.

<sup>148</sup> Per un'analisi del purpose della Chapter 11 si veda Douglas, *Improvement in Federal Procedure for Corporate Reorganization*, 24 A.B.A.J. 875 – 878; *Brockett v. Winkle Terra Cotta Co.* 81 F.2d 949, 953; *Lincoln Printing Co. v. Middle West Util. Co.*, 6 F. Supp. 663, aff'd, 74 F.2d 779, cert. denied, 295 U.S. 746, 55 S. Ct. 659, 79 L. Ed. 1691.

previsione di un divieto di avviare o continuare azioni esecutive nei confronti del debitore; la possibilità di disporre del proprio patrimonio mediante cessioni, trasferimenti, affitti di beni.

Secondo l'esperienza americana, tuttavia, l'incentivo maggiore per l'imprenditore in crisi è rappresentato dal fatto che egli ha il diritto di presentare "per primo" il piano di ristrutturazione. In particolare, secondo quanto previsto dalla Chapter 11 il debitore è l'unico legittimato a proporre un piano di ristrutturazione nei 120 giorni successivi alla data di emissione del cd. order for relief (i.e., l'equivalente di un'ordinanza di ammissione alla procedura). Qualora il debitore non riesca a predisporre un piano entro il termine di 120 giorni, lo stesso può richiedere all'Autorità giudiziaria una estensione del termine sino a 180 giorni.

Il piano di ristrutturazione presentato dal debitore può modificare i diritti dei creditori e di tutti coloro che sono titolari di un interesse economico nei confronti del debitore. Così come nel caso della Chapter 9, il piano di ristrutturazione può essere approvato anche nel caso in cui una o più classi di creditori non esprima il proprio voto a favore del piano<sup>149</sup>. Può altresì accadere che il piano di ristrutturazione sia stato approvato da tutte le classi di creditori, ma non venga "omologato" dall'Autorità giudiziaria<sup>150</sup>.

Il legislatore americano ha previsto molteplici strumenti di tutela in favore dei creditori, i quali – nel corso della procedura concorsuale - rischiano di vedere

---

<sup>149</sup> Si fa riferimento sia all'ipotesi fisiologica in cui le classi di creditori siano molteplici e quindi per il raggiungimento dei quorum di legge non è necessario il voto favorevole di tutte le classi di creditori, sia all'ipotesi di applicazione della crown down rule.

<sup>150</sup> Si fa riferimento all'ipotesi in cui sia stata violata la absolutepriorityrule.

ulteriormente ridotte le garanzie poste a tutela del pagamento dei propri crediti. In particolare, i creditori hanno il diritto di richiedere alla Corte, e quindi ottenere, la dismissione qualora forniscano la prova che il debitore ha agito ovvero sta agendo in mala fede; i creditori possono ottenere la nomina di un trustee ovvero di un “examiner” quando forniscano la prova di una frode, oppure di una evidente negligenza o incompetenza del debitore. Questo costituisce uno degli aspetti di maggiore interesse della Chapter 11 poiché, a differenza di quanto previsto nella Chapter 9, è possibile sottrarre al debitore la disponibilità dei beni mediante la nomina di un “guardiano” o di un “gestore”. Tali ipotesi costituiscono un’eccezione, mentre di regola il debitore mantiene la titolarità del diritto di gestire la propria impresa nel corso della procedura concorsuale.

Infine, va segnalato che i creditori hanno il diritto di proporre un piano di ristrutturazione concorrente o alternativo a quello presentato dal debitore nel caso in cui il periodo di esclusiva del debitore sia spirato senza che questi abbia presentato una proposta, ma anche nell’ipotesi in cui il piano del debitore non sia stato approvato dai creditori.

B. *Presupposti di accesso alla Chapter 11 e principali caratteristiche.* La sezione 109 (d) individua i soggetti legittimati ad accedere alla procedura concorsuale disciplinata dalla Chapter 11<sup>151</sup>. Il legislatore americano utilizza, ancora una

---

<sup>151</sup> La sezione 109(d) prevede che “only a railroad, a person that may be a debtor under chapter 7 of this title (except a stockbroker or commodity broker), and an uninsured State member bank, or a corporation organized under section 25A of the Federal Reserve Act, which operates as a multilateral clearing organization pursuant to section 409 of the Federal

volta, la tecnica del rinvio, infatti, la citata previsione normativa prevede che possono accedere alla Chapter 11 tutti i soggetti che possono accedere alla Chapter 7<sup>152</sup> (che regola la procedura di liquidazione) ad eccezione dei Stockbrokers<sup>153</sup> (i.e., agenti di cambio) e dei commodity brokers<sup>154</sup>, ed estende l'ambito soggettivo di applicazione della Chapter 11 anche alle railroads, che invece non possono adire la procedura regolata dalla Chapter 7.

La procedura può esser avviata volontariamente o involontariamente. Nel primo caso è lo stesso debitore a presentare, innanzi alla Corte territorialmente competente, la domanda di ammissione alla procedura concorsuale. Nel secondo caso, invece, la procedura concorsuale viene avviata sulla base di una richiesta inoltrata da un soggetto diverso dal debitore e, precisamente, da un creditore o da chiunque ne abbia interesse. Non è, tuttavia, sufficiente essere un creditore per poter richiedere l'avvio della procedura concorsuale. Il legislatore americano, infatti, prevede che la richiesta sia promossa da tre o più creditori, che i crediti complessivi siano di ammontare superiore ad una

---

Deposit Insurance Corporation Improvement Act of 1991 may be a debtor under Chapter 11 of this title”.

<sup>152</sup> In virtù del riferimento agli standard di eleggibilità della Chapter 7, sono esclusi indirettamente anche dalla Chapter 11 (i) ogni compagnia assicurativa, banca, società specializzata in erogazione mutui sia americana sia straniera; nonché (ii) ogni società di investimento che sia stata autorizzata dalla “Small Business Administration”.

<sup>153</sup> Il termine “stockbroker” è definito nella sezione 101 che include “any person – (A) with respect to which there is a customer, as defined in section 741 of this title and; (B) that is engaged in the business of effecting transactions in securities (i) for the accounts of others; or (ii) with members of the general public, from or for such person’s own account”.

<sup>154</sup> Il termine “commodity broker” è definito nella sezione 101 ed indica “futures commission merchant, foreign futures commission merchant, clearing organization, leverage transaction merchant, or commodity option dealer, as defined in section 761 of this title, with respect to which there is a customer, as defined in section 761 of this title”.

determinata soglia<sup>155</sup> e che i crediti non siano stati contestati né in merito all' "an" né in merito al "quantum".

La procedura involontaria<sup>156</sup>, però, non può essere avviata nei confronti delle imprese familiari, né delle società che non svolgono attività commerciale: si pensi ad esempio a quelle che svolgono attività religiosa, attività sociale, attività educativa etc.<sup>157</sup>

Il debitore ha il diritto di convertire in ogni momento la procedura ex Chapter 11 in Chapter 7, tranne nel caso in cui la stessa non sia stata già precedentemente convertita da Chapter 7 in Chapter 11, restando escluso il "come back". Anche i creditori e tutti i soggetti interessati hanno il diritto di richiedere alla competente Corte la conversione della procedura da Chapter 11 in Chapter 7.

L'ammissione alla procedura concorsuale determina una serie di conseguenze di notevole rilievo sia per il debitore sia per i creditori sociali.

I creditori ed i titolari di titoli di credito sono soggetti oltremodo tutelati dal legislatore americano. Per tale ragione, così come previsto anche nell'ordinamento italiano, il legislatore americano ha previsto la possibilità di costituire organi collegiali in cui si possa discutere e deliberare in merito a decisioni che possano avere un impatto sui diritti e, più genericamente, sugli

---

<sup>155</sup> Soglia che nel 2010 era pari a \$ 14,425.

<sup>156</sup> La sezione 303(a) prevede che "an involuntary case may be commenced only under chapter 7 or 11 of this title, and only against a person, except a farmer, family farmer or a corporation that is not moneyed, business, or commercial corporation, that may be a debtor under the chapter under which such case is commenced".

<sup>157</sup> Si veda Wisconsin Co-operative Milk Pool, 119 F.2d 999, e si veda Elmsford Country Club, 50 F.2d 238, casi nei quali la Corte ha negato la possibilità di avviare la procedura concorsuale in maniera involontaria dal momento che le società non svolgevano attività commerciale.

interessi dei creditori e dei titolari di titoli di credito. La sezione 341(a) del Bankruptcy Code, infatti, prevede che entro un tempo ragionevole dalla data di ammissione a procedura concorsuale lo UnitedStatestrustee deve convocare e presiedere una riunione dei creditori al fine di valutare in maniera collegiale la situazione del debitore. Lo UnitedStatestrustee, inoltre, ha il potere di convocare anche una riunione dei titolari dei titoli di credito, cd. “equity security holder”<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> La sezione 101 definisce il termine “equity security”. Esso indica “(a) share in a corporation, whether or not transferable or denominated “stock”, or similar security; (b) interest of a limited partner in limited partnership; or (c) warrant or right, other than a right to convert, to purchase, sell or subscribe to a share, security or interest of a kind specified in subparagraph (a) and (b) of this paragraph.

## Capitolo II

### Le società pubbliche nell'ordinamento vigente

SOMMARIO: 1. Il ricorso al modulo societario per l'esercizio di attività pubbliche.—2. L'affidamento *in house*: definizione e requisiti. — 3. I servizi pubblici locali: modalità di gestione e affidamento.

#### 1. *Il ricorso al modulo societario per l'esercizio di attività pubbliche*

Le pubbliche amministrazioni erogano beni e servizi in un contesto sempre più concorrenziale, infatti, le attività finalizzate alla produzione dei beni pubblici “puri”, ossia di competenza esclusiva dei soggetti pubblici, costituiscono, oggi, fattispecie marginali.

Tuttavia, l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche conserva alcuni elementi di rigidità: si pensi al principio di riserva relativa di legge nell'organizzazione dei pubblici uffici ex art. 97 Cost.; al principio di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione; al principio di accesso all'impiego mediante concorso; al principio di determinazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità proprie dei funzionari.

Ma, soprattutto, l'azione pubblica deve essere sempre indirizzata al perseguimento dei fini previsti dalle leggi<sup>159</sup>, a prescindere dalle forme e dalle

---

<sup>159</sup> Nel lontano 1938 (Cfr. Consiglio di Stato, sez V, 19 gennaio 1938, n. 33, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 235) la giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'utilizzo della forma di società per azioni non può determinare la deviazione - da parte dello Stato - del perseguimento di interessi generali; l'esteriorità di forma societaria, dunque, non muta la finalità eminentemente pubblica dell'ente. I Giudici di Palazzo Spada, dunque, riconoscevano la prevalenza del fine perseguito rispetto all'assetto organizzativo prescelto (i.e., società per azioni). A distanza di pochissimi anni, però, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza del Consiglio di Stato, ritenendo che la presenza nel capitale del socio pubblico non è un elemento sufficiente a modificare la natura privata della società, a meno che non emergano nel caso specifico elementi che influiscano in maniera sostanziale sulla natura della società (Cfr. Corte Cass civ. sez. un. 7 marzo 1940, n. 1337, in *Foro Italiano*, 1940, p. 144). In tale prospettiva, dunque, ai fini della qualificazione della natura della società

modalità di svolgimento poste in essere, potendo, il potere pubblico, essere esercitato mediante moduli convenzionali (si pensi agli accordi sostitutivi), o manifestarsi secondo schemi comportamentali (ad esempio attraverso il silenzio). Invece, nell'esercizio delle attività c.d. vincolate, la legge individua non soltanto i fini dell'azione, ma anche i modi in cui essa deve manifestarsi.

Negli ultimi anni si è assistito al superamento del tradizionale modello pubblico organizzativo fondato sulla classica distinzione tra enti operanti in regime di diritto pubblico ed enti pubblici economici che svolgono la propria attività nel rispetto delle norme del diritto privato: esso è stato ampliato dal ricorso, sempre più frequente, alle società speciali con capitale pubblico<sup>160</sup>.

---

pubblica, bisogna tener conto della struttura, dell'organizzazione, della funzione, dello scopo perseguito dalla società, ossia di quelle caratteristiche che individuano gli elementi di "specialità" o, comunque, di differenza rispetto alle società di capitali "comuni".

<sup>160</sup> Gli studiosi cominciarono ad occuparsi del problema a partire dagli anni '70, elaborando la distinzione tra società a partecipazione pubblica di diritto comune e società a partecipazione pubblica di diritto speciale. Essa si fondava essenzialmente sul diverso "scopo" che avevano le società: scopo di lucro perseguito dalla società pubblica di diritto comune e scopo pubblico perseguito dalla società pubblica di diritto speciale. Nelle società pubbliche di diritto speciale, infatti, lo scopo di lucro – oggettivo e soggettivo – era talvolta sacrificato e, talvolta, completamente annullato dall'interesse pubblico da perseguire. La "specialità" della società era, dunque, individuata nello scopo che la stessa perseguiva, risultando di conseguenza "neutra" la forma societaria che la stessa aveva assunto. Cfr. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano; Marasà, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 353 ss. Cirinei, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle S.p.A.*, diretto da Colombo, G.B. Portale, VIII, Torino, 1992, p. 1 ss.

Secondo altro orientamento, tuttavia, la "specialità" non doveva necessariamente concernere la causa della società o lo scopo della stessa, ma poteva riguardare altri profili, quali ad esempio la struttura organizzativa della società. Cfr. Ibba, *Le società "legali"*, Torino, 1992, p. 9 ss. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1999, p. 22.

In entrambi i casi (specialità per causa ovvero specialità per struttura organizzativa), tuttavia, accanto a norme che non altererebbero i tratti identificativi dell'istituto, troverebbero applicazione anche norme che risultano idonee a creare una vera e propria deroga dallo statuto delle società di capitali. Cfr. Marasà, voce *Società speciale e società anomale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993.

Nel corso degli anni '90 – 2000 di diffusero anche le cd. "società singolari": si trattava di enti, aventi la forma di società di capitali, ma in gran parte regolate da leggi provvedimento che contenevano appunto norme speciali, derogatorie rispetto alla disciplina codicistica. Cfr. Ibba., *Le società "legali"*, cit, p. 17. Ibba, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle S.p.A.*, cit., VIII, p.

Nel dettaglio, le società pubbliche sono soggetti formalmente privati, disciplinate da norme che derogano, in chiave pubblicistica, alla disciplina di diritto civile; invece, gli enti pubblici economici sono soggetti formalmente pubblici che operano in regime di diritto privato.<sup>161</sup>

Il proliferare delle società pubbliche coincide, sostanzialmente, con la progressiva diminuzione e privatizzazione <sup>162</sup>degli enti pubblici

---

523 ss. Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. Comm.* 2001, I, 483 e ss. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. Amm.* 2003, p. 81 ss. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano 2007. Gruner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009.

Le categorie sin qui descritte, tuttavia, sembrano aver perso in termini di attualità con il trascorrere degli anni, soprattutto, a seguito dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha individuato, nuovi elementi che possono connotare le società pubbliche. In particolare, oggi sono annoverabili una copiosa serie di variabili, in relazione alle quali la disciplina si diversifica e delle quali bisogna necessariamente tenere conto. Tra queste si ritiene utile ricordare: la natura degli enti pubblici partecipanti (statali, locali, economici), l'entità della partecipazione (totale, di controllo, maggioritaria), la composizione dell'azionariato (esclusivamente Pubblica Amministrazione ovvero enti pubblici, oppure una composizione mista tra i due), l'oggetto sociale e, soprattutto, le modalità con le quali la società diviene affidataria di un determinato servizio.

Di recente, infine, è stato affermato che la partecipazione dello Stato o di una Pubblica Amministrazione ad una società di capitali possa costituire un elemento idoneo ad alterarne la struttura, creando di conseguenza un nuovo "tipo" di società. Cfr. Fimmanò, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano 2011, pp. 13 ss.

Il fatto che la Pubblica Amministrazione assuma le vesti dell'imprenditore privato per raggiungere al meglio il proprio fine pubblico non è un fenomeno relegato alla sola realtà nazionale, ma comune a molti Stati, sia europei che extraeuropei. Cfr. De Pretis, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili comparati*, in Dominichelli, Sala, (a cura di), *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Padova 2007, pp. 1 ss. Cassese, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, 2001, pp. 79 ss. *Modernizzare l'amministrazione pubblica. Il libro bianco del Regno Unito*, Seminari Spisa, Bologna, 2000. Kobbie, Wright, *L'obbligo di affidamento attraverso procedure concorsuali di servizi: l'esperienza dei "buy-out"*, in *Prob. Amm. Pubbl.*, 1997, pp. 131 ss. Ferrari (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino 2003, pp. 169 ss. Arnold, *Le riforme amministrative italiane: un confronto europeo*, in AA.VV., Seminari Spisa, Bologna, 2000, pp. 73 ss. Dreyfus, *L'externalisation, éléments de droit public*, in *Ajda*, 2002, pp. 1214 ss. *Creare una pubblica amministrazione che lavori meglio e costi meno. Per una riforma della pubblica amministrazione degli Stati Uniti d'America*, a cura della regione Toscana, Rimini, 1998.

<sup>161</sup> Sul processo di trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni cfr. ad es. Cass. sez. Un. 3 maggio 2005 n. 9096; Cass. III Civ. 16 ottobre 2008 n. 25268.

<sup>162</sup> La privatizzazione può essere formale o sostanziale: nella prima, l'ente pubblico viene trasformato in s.p.a, ma il capitale della società rimane nella disponibilità, totale o maggioritaria, dello Stato, in tal caso, dunque, cambia solo la forma giuridica; in quella

economici<sup>163</sup>. Numerose le ragioni che hanno determinato la privatizzazione di questi ultimi: si pensi, innanzitutto, all'obbligo, imposto dal diritto comunitario, di assicurare condizioni di effettiva concorrenza tra le imprese; si segnala, ancora, il dato di esperienza che si registra secondo cui l'impresa privata assicura una maggiore produttività rispetto all'impresa in mano pubblica; si ricordi, infine, l'esigenza di ripianare il *deficit* della finanza pubblica anche con entrate straordinarie<sup>164</sup>.

Ebbene, dalla scelta della forma societaria per l'esercizio di attività pubbliche deriva la necessità di conciliare la struttura tipica delle società, imperniata sul fine di lucro, con l'interesse pubblico che si intende realizzare.

L'esistenza degli enti pubblici a struttura societaria ha spinto la giurisprudenza<sup>165</sup> ad affermare la neutralità (intesa come struttura societaria, causa societatis, scopo) del modello societario rispetto alle finalità che si intendono perseguire. A sostegno di tale posizione si valorizza la tendenza dell'ordinamento comunitario ad essere indifferente al profilo nominalistico, infatti, in tale prospettiva ciò che rileva, ai fini della classificazione della natura

---

sostanziale, invece, le azioni sono vendute ai privati. Cfr. Bertero, *Fa differenza un cambiamento, da pubblico a privato, dell'assetto proprietario?* in *Econ. pubbl.*, 2/2003, p. 115 ss.

<sup>163</sup> Cfr. Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2011, pp. 139 ss. Cammelli, Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura degli stessi Autori, Torino, 2008, p. 1; Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra debito pubblico e diritto privato*, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino 2010, p. 1 e ss. G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.* 2006, 5 – 6, p. 999 ss.

<sup>164</sup> Infatti, le società miste consentono di poter disporre di capitale privato, mentre il ricorso alle società a totale partecipazione pubblica consente il raggiungimento di migliori risultati in termini di efficienza ed economicità attraverso l'utilizzo di una forma organizzativa che si fonda sul fine di lucro e non presenta gli elementi di rigidità delle amministrazioni pubbliche.

<sup>165</sup> Cfr. ad es. Consiglio di Stato, sezione VI, n. 1885 del 1 aprile 2000 e n. 4711 del 17 settembre 2002. Resta, *Profili giuridici della società per azioni a partecipazione comunale*, in *T.A.R.*, 1983, II, p. 255.

pubblica o privata degli enti, è la sostanza delle funzioni esercitate e la tipologia degli interessi perseguiti.

Pertanto, l'effettiva natura delle società pubbliche deve essere indagata in concreto. Nel dettaglio, con riferimento alla natura delle società per azioni a totale partecipazione pubblica, si ritiene che esse abbiano sostanza di ente pubblico allorché l'esistenza e la destinazione funzionale della società siano predeterminate con atto normativo, in modo da essere sottratte alla volontà degli organi societari.<sup>166</sup>

In dottrina si è affermato che tali società devono essere sottoposte ad una disciplina legislativa speciale che ne caratterizzi in senso pubblicistico la natura, imponendo il perseguimento di un determinato fine pubblico la cui permanenza sia resa indisponibile alla volontà degli organi deliberativi<sup>167</sup>.

In senso contrario, parte della dottrina ha sostenuto che tale impostazione, sarebbe priva di un fondamento di diritto positivo. Mancherebbe, infatti, nel nostro ordinamento una previsione normativa che legittimi una tale classificazione, anzi, vi sarebbero una serie di elementi che farebbero propendere per la conclusione opposta. Nel dettaglio, si potrebbe parlare di

---

<sup>166</sup> Così si esprime Corte di Cassazione, sentenza n. 7799 del 2005, con riferimento alla natura delle Poste Spa.

<sup>167</sup> In tal senso si esprime Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2010, pp. 506 ss. Invero, la speciale natura delle società pubbliche è stata argomentata anche per sostenere la permanenza del controllo della Corte dei Conti sulla gestione finanziaria. Cfr. sentenza della Corte Costituzionale n. 466 del 1993.

Ancora, la Corte di Cassazione ha dichiarato la sussistenza della responsabilità amministrativa e contabile dei dipendenti e degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica esclusiva o maggioritaria, considerando che il rapporto di servizio del dipendente o funzionario prescinde dal ricorso allo strumento privatistico per la cura degli interessi della collettività. In tale prospettiva, dunque, ciò che rileva è l'utilizzazione delle risorse pubbliche. Cfr. Corte di Cassazione sez. Unite n. 3899 del 2004 e n. 12367 del 2001.

società di diritto speciale soltanto in presenza di una previsione normativa che introduca espresse deroghe al sistema generale<sup>168</sup>. A parte i casi delle cd. società legali (società istituite in forza di un provvedimento legislativo ovvero di un obbligo di legge), le società pubbliche sono comunque società di diritto comune, in cui la connotazione pubblica è “limitata” al socio (che è pubblico) ovvero al corporate purpose (che potrebbe consistere in una attività pubblica o potrebbe perseguire una pubblica utilità).

La circostanza – di interesse prevalentemente amministrativo – che un ente pubblico possa assumere una partecipazione sociale a condizione che la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse non costituirebbe un valido elemento per sostenere la specialità delle società pubbliche<sup>169</sup>. La Corte di Cassazione ha più volte statuito che “la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l’ente pubblico ne possenga in tutto o in parte le azioni”<sup>170</sup>. In questi casi infatti, l’interesse dell’ente pubblico assume rilievo esclusivamente extra-sociale.

A seconda della misura della partecipazione del socio pubblico al capitale sociale e della disciplina applicabile alla società pubblica si possono distinguere società con connotazione pubblicistica più o meno intensa. Esistono, infatti, casi in cui l’utilizzo dello schema societario assume un valore esclusivamente

---

<sup>168</sup> Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, p. 4 e ss; Mazzarelli, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, p. 117; Marasà, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 353; Spada, *La Monte Titoli S.p.A. tra legge ed autonomia statutaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, p. 552. Salamone, Tiraboschi, *Enti locali, dismissioni di attività pubbliche e rapporti di lavoro*, in *Lav. nella P.A.*, 2000, p. 1038.

<sup>169</sup> De Ferrà, *In margine alla riforma delle società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, p. 798 ss.

<sup>170</sup> Così Corte Cass., sez. un., n. 17287 del 2006; Corte Cass., sez. un., n. 7799 del 2005; Corte Cass., sez. un., n. 4991 del 1995.

“formale” ed è l’ipotesi in cui le società pubbliche si atteggiavano come veri e propri organi dell’ente, controllati come se si trattasse di uffici od organi facenti parte dell’apparato amministrativo. In questi casi la società è sottoposta ad un controllo - da parte della Pubblica Amministrazione – che travalica le normali caratteristiche del controllo societario (i.e., controllo analogo, di cui si dirà meglio *infra* nel presente capitolo)<sup>171</sup>. Esistono, poi, altri casi in cui le società, seppur partecipate da soci pubblici, sono regolate esclusivamente dalle norme contenute nel codice civile. In questi casi la partecipazione al capitale sociale da parte di un socio pubblico non stravolge la natura dell’ente partecipato che si atteggerà come una “comune” società di capitali.

La scelta del modello organizzativo delle pubbliche amministrazioni ha carattere discrezionale e spetta sia al legislatore statale che regionale, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie in materia di concorrenza.

Le società pubbliche, dunque, sono istituite unilateralmente e direttamente dalla legge, ma sono soggette ad un regime particolare, dal momento che beneficiano di molteplici agevolazioni di cui non possono fruire, invece, i soggetti economici privati; sicché è la destinazione della loro attività al perseguimento di finalità pubbliche a renderle soggetti privilegiati, specie per quanto concerne l’ammissibilità alle procedure concorsuali.

Pertanto, il legislatore ha equiparato le società di capitali partecipate dalla Pubblica Amministrazione alle società di capitali partecipate da soggetti

---

<sup>171</sup> R. Guarino, *La causa pubblica nel contratto di società*, in *Le società pubbliche*, cit., p. 134.

privati<sup>172</sup>, assumendo rilievo - ai fini dell'applicazione delle norme - esclusivamente la struttura dell'ente che i soci hanno volontariamente scelto di utilizzare. Ne consegue che, se la Pubblica Amministrazione ritiene opportuno utilizzare un istituto del diritto privato (i.e., la società di capitali) per il perseguimento di un fine pubblico, dovrà rispettare le regole imposte dal diritto privato, salvo poche e specifiche eccezioni<sup>173</sup>. Tali eccezioni sono in parte contenute nel codice civile ed in parte nella normativa speciale.

Giova precisare che il codice civile, anche successivamente alla riforma societaria del 2003, ha dedicato alle società a partecipazione pubblica soltanto poche norme, finalizzate essenzialmente a garantire allo Stato ed alla Pubblica Amministrazione il diritto di nominare una parte dell'organo gestorio e dell'organo di controllo<sup>174</sup>.

Invero, in passato il legislatore aveva riconosciuto alla Pubblica Amministrazione diritti sociali "speciali", parzialmente o totalmente derogatori delle logiche e delle regole che governano le società di diritto comune.

Tale disciplina, tuttavia, ha subito negli anni un lento ridimensionamento in quanto ritenuta non conforme ai principi del diritto comunitario: si pensi all'abrogazione dell'art. 2450 c.c.<sup>175</sup> e al superamento dell'art. 2449 c.c.<sup>176</sup>, in

---

<sup>172</sup> Nella Relazione al Codice Civile, infatti, è previsto che "in questi casi è lo Stato 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 alle società con partecipazione dello Stato o degli enti pubblici senza eccezioni, salvo che norme speciali non dispongano diversamente.

<sup>173</sup> Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.* 2005, p. 3 ss; Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, p. 118 ss.

<sup>174</sup> Si vedano gli artt. 2449 e 2414 bis c.c.

<sup>175</sup> L'art. 3, comma 1 del d.l. n. 10/2007, convertito con modificazioni nella l. n. 46/2007, ha abrogato la norma che recitava: "Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in

quanto ritenuto non conforme al dettato normativo dell'art. 56 del Trattato CE<sup>177</sup>. In particolare, la Corte di Giustizia U.E.<sup>178</sup>, con sentenza del 6 dicembre 2007, ha dichiarato l'incompatibilità dell'art. 2449 c.c. con i principi comunitari ritenendo che la norma codicistica costituiva una deroga (non giustificata) ai principi del diritto societario in quanto essa consentiva allo Stato di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione al capitale sociale.

Successivamente a tale pronuncia, il legislatore ha provveduto a riscrivere la norma de qua, la quale nella sua attuale formulazione prevede che nelle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio lo statuto può conferire allo Stato o ad enti pubblici (che siano soci) la facoltà di nominare “un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale”.

Sul punto si segnala che secondo parte della dottrina<sup>179</sup> neanche il nuovo testo dell'art. 2449 c.c. sarebbe conforme ai principi comunitari in quanto, in

---

*cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o ad enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente. Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi”.*

<sup>176</sup> L'art. 2449 c.c. così disponeva: “*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 e sindaci o 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 di leggi speciali”.*

<sup>177</sup> L'art. 56 del Trattato Ce enuncia il principio della libera circolazione dei capitali.

<sup>178</sup> Corte di Giustizia UE 6 dicembre 2007, cause riunite n. C-463/04 e C-464/04, in *Società*, 2008, p. 247 e ss.

<sup>179</sup> Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, cit., p. 7 e ss.

astratto, sarebbe ancora idoneo a riconoscere al socio pubblico poteri non proporzionali alla quota di capitale detenuta<sup>180</sup>.

A sostegno di tale tesi, si afferma che il criterio apprestato dall'art. 2449 c.c. potrebbe efficacemente funzionare soltanto se il prodotto tra la percentuale di capitale posseduta ed il numero degli amministratori fosse pari ad un numero intero (non potendosi, infatti, nominare mezzo amministratore o mezzo sindaco)<sup>181</sup>.

Ancora, si sostiene che, in una società a partecipazione pubblica minoritaria, poter nominare un numero di amministratori proporzionale alla partecipazione equivale ad avere un potere superiore a quello normalmente esercitabile in assemblea da un socio “comune” di minoranza (che possieda lo stesso numero di azioni)<sup>182</sup>, sicché l'art. 2449 c.c. continua a riconoscere al socio pubblico un trattamento “migliore” rispetto a quello riservato ai soci privati.

---

<sup>180</sup>Contra si veda Ghezzi, Ventrone, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. Soc.* 2008, p. 668 ss. Pecoraro, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle S.p.A.: il nuovo art. 2449 c.c.*, *ivi*, 2009, p. 962 ss. Demuro, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, in *Commentario* (diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009, p. 878 ss. Donativi, *La nomina pubblica alle cariche sociali nella società per azioni*, in *Tratt. di Dir. Comm.* (diretto da Buonocore), Torino, 2010, p. 12 ss.

<sup>181</sup> Ad esempio, il socio pubblico titolare del 20% del capitale sociale potrà esercitare la sua facoltà di nomina in misura proporzionale soltanto se il numero complessivo degli amministratori è pari a cinque ovvero pari ad un multiplo di cinque. In tutte le altre circostanze la situazione di fatto potrebbe essere ostativa alla corretta applicazione della norma.

<sup>182</sup> Si pensi all'ipotesi di una società di capitali amministrata da un consiglio di amministrazione formato da 4 membri, ed avente la seguente compagine sociale: socio pubblico titolare del 25% del capitale, socio privato A titolare del 51% del capitale, socio privato B titolare del 14% del capitale e socio privato C titolare del 20% del capitale. In un tale scenario, in assenza di meccanismi proporzionali o clausole che riconoscano ai soci di minoranza il diritto di nominare un amministratore, l'intero consiglio di amministrazione sarebbe eletto dal socio A che detiene la maggioranza del capitale.

Dall'analisi della descritta disciplina codicistica sembra, dunque, preferibile la tesi secondo cui le società pubbliche non costituiscono una "tipologia" di società diversa dalle "private companies"; con la conseguenza che troveranno applicazione tutte le previsioni dettate in materia di società di capitali, salvo l'applicazione di norme eccezionali contenute sia nel codice (di cui si è detto supra) sia nelle leggi speciali.

Numerose leggi speciali, infatti, hanno derogato, negli anni, alle previsioni normative "generali", al fine di limitare la partecipazione a società da parte di soggetti pubblici<sup>183</sup>; oppure per ridurre la possibilità dei soggetti pubblici di fornire capitale di rischio o di credito alle società partecipate; per tentare di comporre uno statuto degli amministratori delle società pubbliche<sup>184</sup>; allo scopo di limitare la libertà di iniziativa e la capacità negoziale della società<sup>185</sup>;

---

<sup>183</sup>Vi sono alcune previsioni normative di carattere generale (applicabili alle Regioni, alle Province, ai comuni, ed a tutti gli enti pubblici non economici) ed altre di carattere speciale (applicabili, a seconda dei casi, ai comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti ovvero ai comuni che hanno una popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti). La prima serie di disposizioni normative consente agli enti pubblici di assumere partecipazioni sociali esclusivamente in società che svolgono "attività strettamente necessaria per il perseguimento del loro fine istituzionale", che producano "servizi di interesse generale" o che forniscano "servizi di committenza [...] a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici". In questi casi è necessario che l'ente pubblico autorizzi espressamente l'acquisto della partecipazione con delibera motivata. La seconda serie di disposizioni (i) vieta ai comuni con meno di 30.000 abitanti la costituzione di nuove società e impone la loro messa in liquidazione o la cessione delle partecipazioni delle società partecipate; (ii) consente ai comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti di detenere la partecipazione di una sola società e fissa al 31 dicembre 2013 il termine per la dismissione delle altre società già costituite. (Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, cit., p. 11 ss.)

<sup>184</sup>L'art. 2449 c.c. e l'art. 6, comma 1, l. 15 luglio 2002, n. 145 tendono a definire la nomina e la revoca degli amministratori. L'art. 1, comma 734, legge finanziaria 2007 tende a limitare la legittimazione ad assumere la carica di amministratore. L'art. 1, comma 735, legge finanziaria 2007 tende a prevedere una particolare forma di pubblicità dell'assunzione della carica di amministratore. Art. 1, commi 725 – 130 legge finanziaria 2007 e art. 3, commi 12, 12 bis, 13, 15, 17, legge finanziaria 2008 ed, infine, art. 6, comma 6, l. 122/2010 tendono a limitare il compenso degli amministratori.

<sup>185</sup>In alcuni casi le norme pongono limitazioni sostanziali: ai sensi dell'art. 13 del decreto Bersani è vietato svolgere attività con i terzi; ai sensi dell'art. 23 bis della l. 133/2008 è vietato

per stabilire condizioni e procedure per l'affidamento diretto alle società di “incarichi pubblici<sup>186</sup>”.

Giova sottolineare che sin dal momento della costituzione le società pubbliche presentano un elemento di “differenza” rispetto alle società di capitali “comuni”. Queste ultime, infatti, prendono le mosse dalla volontà di uno (i.e., società uni-personale) o più soci di svolgere una attività con metodo economico e con forma societaria. Le società pubbliche, invece, possono anche non nascere dalla volontà dei soci. Più precisamente, può accadere che le società pubbliche siano costituite in virtù di un provvedimento normativo (in questo caso si parla di società legali); in altri casi la legge non provvede direttamente alla costituzione della società ma ne autorizza la costituzione, che avverrà in seguito e secondo la procedura prevista dal diritto societario<sup>187</sup>.

Nel caso di costituzione delle società legali si è in presenza di una rilevante e consistente deroga alle regole del diritto societario in materia di costituzione.

In questi casi, infatti, la costituzione della società pubblica non passa attraverso

---

operare extraterritorialmente; ai sensi dell'art. 19, comma 1, d.l. n- 78/2009, convertito con legge n. 133/2008, sono poste alcune limitazioni e divieti in tema di assunzione del personale. In alcuni casi, invece, le norme pongono vincoli procedurali. Si pensi alle norme che, in materie di reclutamento del personale ed di conferimento degli incarichi da parte delle società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo non quotate e da parte delle società a partecipazione pubblica totalitaria non quotate che gestiscono pubblici servizi locali, impongono di rispettare principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità (art. 18, commi 2 e 3, l. n. 133/2008) ed alle seconde di rispettare le prescrizioni di cui all'art. 35, comma 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 35 (art. 18, commi 1 e 3, l. n. 133/2008).

<sup>186</sup> Il riferimento è al controllo analogo, di cui si dirà più ampiamente nel corso del presente elaborato.

<sup>187</sup> A. Mari, *La Patrimonio dello Stato S.p.A.*, in *Giornale Amministrativo*, 2002, pp. 820 ss. Oppo, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2002, p. 491. Piza, *Patrimonio dello Stato S.p.A: profili di organizzazione e funzionamento*, in [www.aedon.it](http://www.aedon.it), 1/2003. Napolitano, *La patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it). Franceschini, *Il riordino del Coni*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2003, pp. 1209 ss.

la normale fattispecie a formazione progressiva che si conclude con l'iscrizione presso il Registro delle Imprese, a seguito della quale la società acquista la propria personalità giuridica. Manca, inoltre, nella maggioranza dei casi la forma ad substantiam dell'atto pubblico, come prescritto dagli art. 2328 c.c. (per le S.p.A.), art. 2463 c.c. (per le S.r.l.) e artt.2454 e 2328 c.c. (per le S.a.p.a.). La questione relativa alla compatibilità tra lo scopo sociale ed il fine pubblico assume notevole rilievo se si considera che, secondo parte della dottrina<sup>188</sup>, sia il lucro oggettivo<sup>189</sup> sia il lucro soggettivo<sup>190</sup> sarebbero elementi essenziali del contratto di società. Si possono, poi, avere società lucrative in senso stretto, nelle quali l'utile è realizzato dalla società e poi attribuito ai soci, oppure ipotesi in cui l'utile è realizzato direttamente dai soci per il tramite della società, anche attraverso un risparmio di spesa<sup>191</sup>. Corollario della centralità dello scopo di lucro nella società di capitali è che non ricorrerebbe la figura di società qualora sia previsto – nell'atto costitutivo o nello statuto – che gli utili prodotti siano destinati a scopi benefici. In questo caso, secondo la giurisprudenza, non si potrebbe parlare di ente societario perché mancherebbe lo scopo di lucro soggettivo<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> Cfr. Branca, *Le Società di persone*, 2003, pp. 35 ss.

<sup>189</sup> Il lucro oggettivo può essere definito come la tendenza della società a produrre utili, mediante il complesso delle attività svolte e rientranti nell'oggetto sociale, essendo irrilevanti le diverse finalità che potrebbero avere i singoli atti e/o attività sociali.

<sup>190</sup> Per scopo di scopo di lucro soggettivo si intende, invece, la finalità di divisione dell'utile prodotto tra i soci.

<sup>191</sup> Marasà, *La società senza scopo di lucro*, p. 83. Si è discusso circa la possibilità di ricomprendere il risparmio di spesa nello scopo di lucro. Una eventuale adesione alla tesi negativa (Ascarelli, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 327) avrebbe la conseguenza di escludere le cooperative dal novero delle società. Parte della giurisprudenza (Corte Cass. Civ., n. 4558 del 1979), invece, tende ad allargare il concetto di utile di cui all'art. 2247 c.c., facendovi rientrare qualsiasi utilità economica e quindi anche il risparmio di spesa.

<sup>192</sup> Cfr. Corte Cass. Civ. n. 3251 del 1959.

Parte della dottrina ha, tuttavia, affermato che lo schema astratto di società può assolvere anche funzioni diverse dalla distribuzione degli utili, con la conseguenza che sarebbero ammissibili e, soprattutto, legittime società senza scopo di lucro; ne costituirebbero la prova le società con scopo mutualistico o con scopo consortile<sup>193</sup>. Queste ultime, infatti, sono classici esempi di società senza scopo di lucro, eppure nessuno dubita del fatto che esse rientrino nell'ambito della tipologia delle società<sup>194</sup>.

Seguendo questo filone interpretativo, la società pubblica, pertanto, costituirebbe una deroga “autorizzata” allo schema societario codicistico, come descritto sub art. 2247 c.c.

In effetti, anche nella società pubblica, l'esercizio dell'attività d'impresa è finalizzata alla creazione di un profitto (lucro oggettivo); ciò che potrebbe mancare, o essere attenuato è il cd. lucro soggettivo. In particolare, potrebbe accadere che i singoli soci non abbiano interesse alla distribuzione degli utili. Pertanto, argomentando dalla potenziale assenza del lucro soggettivo e sull'assunto che tutte le società devono perseguire una finalità economica, è possibile porre le società pubbliche in una nuova categoria, in ragione del fatto che la loro causa è solo parzialmente comune a quella delle società disciplinate dal codice<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Cfr. Di Sabato, *Manuale delle Società*, Torino, 1995, pp. 29 ss. Guarino, *La causa pubblica nel contratto di società*, cit., p. 143.

<sup>194</sup> Secondo parte della dottrina (Marasà, *Società sportive e società di diritto speciale* in *Rivista delle società*, 1982, p. 493) le società senza scopo di lucro costituirebbero una deroga al principio generale dello scopo di lucro. Questo, quindi, sarebbe sempre necessario – in quanto espressamente previsto dall'art. 2247 c.c. – salva la possibilità derogatoria di norme speciali.

<sup>195</sup> Oppo, Pubblico e privato nelle società partecipate, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2005, pp. 157 ss.

Del resto, al fine di dimostrare che la caratteristica illustrata non può rappresentare il discrimen per la identificazione di una “tipologia” di società, giova prendere che esistono numerosi esempi di società senza scopo di lucro. Si tratta, in particolare, delle società nelle quali è previsto che il profitto dell’attività sociale venga destinato a scopo di beneficenza. In questi casi, come nella società pubblica, l’attività sociale è esercitata con modalità economica ed è finalizzata alla realizzazione di un utile; quest’ultimo, tuttavia, non sarà ripartito tra i soci, ma utilizzato in altri modi (per esempio per perseguire finalità sociali, ricreative, etc).

Secondo una tesi minoritaria l’utilizzo dello schema societario anche per finalità diverse ed “altre” rispetto allo scopo di lucro avrebbe in qualche modo alterato lo schema del contratto di società, trasformandolo da “negozio a causa concreta” a “negozio a causa astratta”, al pari di una cambiale. In altre parole, la struttura societaria sarebbe neutra, ben potendo essere utilizzata sia per il perseguimento di finalità lucrative sia per il perseguimento di finalità diverse da quelle lucrative<sup>196</sup>.

L’idea della neutralità del modello societario, tuttavia, come anticipato, è stata fermamente respinta dalla dottrina prevalente, la quale ha sostenuto che l’ordinamento ha fissato una forma organizzativa compiuta e ben delineata nei suoi tratti essenziali, qualificata come “contratto sociale”. Qualora uno o più

---

<sup>196</sup> Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in Riv. Dir. Civ. 1973, cit., p. 161. Sulla stessa scia si colloca l’orientamento che individuava la *causa societatis* non nello scopo di lucro, ma nello svolgimento in comune di una attività (Falzea, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1947, IV, p. 996). Circa l’indifferenza della finalità lucrativa si veda anche Galgano, in *Pol. Del dir.*, 1972, pp.705 ss. Giannini, in *La empresapùblica*, I, *Studia albortiana*, X, Bologna, 1970, pp. 113 ss.

soci intendessero utilizzare quello schema negoziale, gli stessi devono accettarne le regole, non essendo consentito – in linea di massima - apportarvi deroghe. Qualora sia la stessa legge a consentire determinate deroghe al modello societario codicistico, si può allora discutere circa la creazione o meno di una nuova tipologia negoziale<sup>197</sup>. Secondo tale corrente di pensiero, l'utilizzazione del modello societario per finalità pubbliche finirebbe – in ogni caso - per snaturare il modello societario codicistico, manifestando l'incapacità del nostro legislatore di “cucire un nuovo vestito per un nuovo modello (la società pubblica)<sup>198</sup>”.

---

<sup>197</sup> Si ricorda che secondo l'orientamento prevalente le deroghe al modello societario non sarebbero idonee a creare una nuova tipologia negoziale.

<sup>198</sup> Scoa, *Il punto sulle cd. Società pubbliche*, cit. p. 261 e ss. Si segnala che parte della dottrina si è spinta oltre sostenendo la sussistenza (e forse anche una qualche forma di autonomia) della causa pubblica all'interno dello schema societario. Secondo tale orientamento (Guarino, *La causa pubblica nel contratto di società*, cit., pp. 153 ss.) la sussistenza della causa pubblica risulterebbe “addirittura” (i) dall'art. 2247 c.c., il quale non riguarderebbe tutte le società, ma solo le società lucrative. Ne sarebbe, quindi, esclusa la società pubblica; e (ii) dall'art. 2449 c.c. il quale prevede che “*se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori [...] ovvero sindaci [...]*” (Si veda (R. Guarino, *La causa pubblica nel contratto di società*, cit., p. 153 e ss).

La citata norma codicistica ha implicitamente autorizzato lo Stato e gli enti pubblici a detenere partecipazioni in società di capitali. Se è vero, dunque, che il legislatore ha autorizzato l'acquisto dello *status soci* – da parte dello Stato - senza la creazione di una nuova tipologia di società, allora lo stesso legislatore sembrerebbe aver autorizzato la coesistenza tra il fine pubblico (non lucrativo) e lo schema della società di capitali.

Un altro dato su cui sembrerebbe potersi sostenere l'esistenza della causa pubblica, e della coesistenza della stessa con il modello societario, sarebbe rappresentato dalla Relazione al Codice Civile, nella quale si afferma espressamente che lo Stato “*si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici*”. Da una tale affermazione risulterebbe evidente come il legislatore abbia sancito, sin dal momento della nascita della società pubblica, la sua coesistenza con il modello societario.

Sul punto appare doveroso anticipare che (argomento che sarà ripreso di seguito) lo schema societario rappresenta soltanto uno dei possibili schemi attraverso i quali lo Stato ovvero la Pubblica Amministrazione può svolgere la propria attività e può perseguire il fine pubblico.

La circostanza che “*esista*” e “*coesista*” una causa pubblica nella società di capitali sarebbe confermato anche dal fatto che il legislatore, sempre nella citata Relazione al Codice Civile, si limita a prevedere che l'utilizzo del modello societario da parte della Pubblica Amministrazione è finalizzato esclusivamente a garantire una maggiore snellezza

Volendo schematizzare:

(i) esistono diverse società che non perseguono un fine di lucro, inteso in senso soggettivo<sup>199</sup>;

(ii) non vi sono dubbi circa il contenuto precettivo – normativo dell'art. 2247 c.c. in merito al concetto di utile, che dovrà essere unicamente inteso come risultante da un bilancio di esercizio validamente redatto ed approvato, attribuiti mediante attribuzione diretta ovvero accantonamento.

Alla luce di queste due considerazioni che appaiono, prime facie, antitetiche, parte della dottrina ha ritenuto opportuno analizzare il fenomeno da un punto di vista “opposto”, ovvero esaminando quali siano le conseguenze legate all'assenza dello scopo di lucro.

---

all'*agerepublico*. Se così fosse, dunque, le società pubbliche non potrebbero perseguire una finalità di lucro dal momento che dovrebbero perseguire un fine diverso (il fine pubblico).

Un'ulteriore norma dalla quale sarebbe possibile desumere l'esistenza di una causa pubblica sarebbe l'art. 2328, n. 7, c.c. ai sensi del quale nell'atto costitutivo delle società per azioni devono essere obbligatoriamente indicate le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti. Da una lettura “estensiva” di tale norma si potrebbe sostenere che in una società di capitali non sarebbe necessario ripartire gli utili, ma sarebbe necessario regolarne la destinazione ovvero l'utilizzo. Secondo tale tesi, dunque, la previsione dell'art. 2328, n. 7, c.c. sarebbe rispettata anche se lo statuto di una società (come potrebbe essere il caso di una società pubblica) preveda che gli utili eventualmente maturati siano reinvestiti.

A modesto avviso di chi scrive, però, indipendentemente da qualsiasi considerazione circa l'esistenza (coesistenza) o meno di una causa pubblica all'interno di una società di capitali, sembra abbastanza forte sostenere che la previsione normativa dell'art. 2328, n.7, c.c. sia rispettata anche nel caso in cui lo statuto preveda la destinazione degli utili in settori diversi ovvero ne preveda il reinvestimento. Dall'assunzione di tale posizione, infatti, deriva che il lucro soggettivo non costituirebbe un elemento essenziale ed imprescindibile del contratto di società, ben potendo lo stesso mancare – non solo nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore – ma anche nel caso delle società pubbliche. Ciò che è posto in discussione non è la coesistenza del fine pubblico con la *causa societatis*, ma la possibilità di sostenere l'autonomia della causa pubblica all'interno dello schema societario attraverso una lettura estensiva dell'art. 2328, n. 7, c.c.

<sup>199</sup> Alcuni esempi di società nelle quali non si persegue una finalità lucrativa: le Società sportive per le quali la legge 23 marzo 1981, n. 91 (come successivamente modificata) stabiliva che gli utili dovessero essere interamente reinvestiti nella società per il perseguimento dell'attività sportiva; le società artistiche; le società politiche.

In relazione al profilo sanzionatorio occorre, in primo luogo, evidenziare che l'art. 2332 c.c.<sup>200</sup> contiene un elenco tassativo di cause di nullità della società per azioni. In particolare, tale norma prevede che, dopo l'iscrizione presso il Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 2330 c.c. e per gli effetti di cui all'art. 2331 c.c., la nullità può essere pronunciata solo nei casi di mancanza dell'atto costitutivo nella forma pubblica richiesta ad substantiam, di illiceità dell'oggetto, di mancanza di ogni indicazione circa la denominazione, i conferimenti, l'oggetto o il capitale. È evidente, dunque, che la mancanza dello scopo di lucro non rientra tra le ipotesi (tassative) di nullità della società per azioni<sup>201</sup>. Tale considerazione costituisce uno dei maggiori argomenti a sostegno della tesi della neutralità della causa.

Se da un lato costituisce una evidente constatazione normativa il fatto che la mancanza dello scopo di lucro non costituisce un'ipotesi di nullità della società, dall'altro lato, in dottrina non si è formato un orientamento unanime circa le conseguenze derivanti dalla mancanza dello scopo di lucro. Sul punto, infatti, si annoverano diverse ricostruzioni.

---

<sup>200</sup> Nel corso degli anni, dalla emanazione del Codice civile nel 1942, l'art. 2332 c.c. è stato più volte modificato, anche alla luce delle Direttive Comunitarie, le quali in un'ottica di *favorsocietatis*, tendono al mantenimento in vita della società una volta eseguita la iscrizione presso il Registro delle Imprese. Il diritto comunitario prevede, infatti, una elencazione tassativa delle cause di nullità, imponendo l'obbligo agli Stati di non introdurne ulteriori; il diritto comunitario ha, quindi, stabilito un tetto massimo, che è possibile derogare al ribasso, ma non al rialzo. In un tale scenario, il legislatore italiano – in occasione della riforma del diritto societario - ha ridotto le cause di nullità delle società (originariamente erano previste 8 diverse fattispecie di nullità).

<sup>201</sup> Ragusa, Maggiore, in *Diritto Fallimentare*, 1970, I, p. 141. Simonetto, in *Rivista di Diritto Civile*, 1970, II, p. 151; Brunetti ed altri, in *Rivista del notariato* 1970, p. 595. Maccarone, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1971, I, pp. 108 ss. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit. pp. 17 ss.

Secondo una prima impostazione, l'assenza dello scopo lucrativo comporterebbe l'inesistenza del contratto sociale dal momento che mancherebbe un elemento essenziale del negozio giuridico, senza il quale mancherebbero i presupposti per potersi parlare di società.

Secondo altro orientamento, invece, il contratto sociale senza finalità lucrativa sarebbe nullo. In tale ottica, lo scopo di lucro sarebbe un elemento essenziale del contratto di società e, pertanto, una sua assenza comporterebbe la sanzione più grave prevista dal nostro ordinamento: la nullità. Non è, tuttavia, chiaro quale siano i riferimenti normativi in virtù dei quali sia possibile sostenere una tale tesi e, precisamente, quale sia il fondamento normativo che permette di superare la tassatività dell'elenco previsto dall'art. 2332 c.c.

Secondo altra opinione, ancora, l'assenza dello scopo di lucro autorizzerebbe i creditori personali del socio ad esperire l'azione di simulazione del contratto di società dal momento che quest'ultimo avrebbe una funzione meramente esteriore, celando in realtà un rapporto differente<sup>202</sup>.

Infine, per la tesi prevalente, la mancanza dello scopo di lucro è giuridicamente irrilevante e non comporta alcuna conseguenza sotto il profilo sanzionatorio<sup>203</sup>.

#### Corporate Governance della società pubblica e della società mista

Nell'ambito dell'analisi volta ad individuare gli elementi caratterizzati le società pubbliche si ritiene opportuno dedicare attenzione al processo decisionale,

---

<sup>202</sup>Marasà, *La società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 629.

<sup>203</sup>Ferrara, *Corsi, Imprenditori e società*, Milano, 2009, p. 224.

ovvero alle regole che governano l'agire di una società pubblica. Al fine di poter correttamente e compiutamente fornire tale quadro è necessario distinguere tra le società interamente partecipate dalla Pubblica Amministrazione e le società in cui coesistono un socio pubblico ed uno o più soci privati (cd. società miste<sup>204</sup>).

In relazione alla prima tipologia si osserva che, a seguito del noto caso Teckal (deciso dalla Corte di Giustizia nel 1999<sup>205</sup>), è oggi possibile identificare i caratteri essenziali – una sorta di statuto minimo – della società pubblica interamente posseduta dallo Stato ovvero dalla Pubblica Amministrazione. Essi sono: (i) il carattere pubblico totalitario; (ii) lo svolgimento dell'attività sociale in misura prevalente nei confronti dell'ente pubblico affidante; (iii) l'assoggettamento ad un controllo analogo a quello che l'ente esercita sui propri servizi<sup>206</sup>.

Da una analisi rapida e sommaria dei requisiti individuati dalla Corte di Giustizia appare evidente che la “semplice” applicazione delle regole previste dal legislatore in merito alle società di capitali non è idonea a soddisfare i requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria. In particolare, applicando le norme previste dal codice civile in merito alla corporate governance (delle società) non è possibile garantire al socio pubblico quel potere necessario per soddisfare i requisiti comunitari. È, dunque, opportuno che siano inserite

---

<sup>204</sup> Nelle società cd. miste il socio privato deve essere scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure di evidenza pubblica, nel rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza.

<sup>205</sup> Corte di Giustizia, C-107/98, sentenza del 18 Novembre 1999.

<sup>206</sup> Sul controllo analogo vedi infra.

previsioni pattizie ad hoc nello statuto della società, ovviamente nei limiti di quanto consentito dal legislatore.

L'adattamento dello statuto sociale alle esigenze comunitarie, tuttavia, non costituisce una attività agevole per due ragioni: la prima è che il nostro legislatore non ha delineato un modello di società a capitale pubblico affidataria della gestione cd. in house, rinviando esclusivamente all'ordinamento comunitario. Di conseguenza, in sede di costituzione della società pubblica sarà necessario fare una verifica circa i requisiti che – in quel determinato momento storico – la giurisprudenza comunitaria ha definito come “necessari”. La seconda ragione è rappresentata dal fatto che non sempre lo statuto delle società di capitali può contenere previsioni contrattuali che possano riflettere le indicazioni comunitarie. In questi casi l'interprete si trova di fronte ad una scelta: non inserire tali previsioni nello statuto con il rischio che la società pubblica non sia ritenuta conforme ai principi comunitari oppure fare ricorso all'utilizzo dei patti parasociali, anche se l'utilizzo dello strumento parasociale ha una efficacia diversa, subisce limitazioni temporali e non garantisce una tutela reale<sup>207</sup>.

La società mista, invece, presenta maggiori profili di criticità dal momento che in essa coesistono due diverse tipologie di soci e due interessi “diversi” (i.e., interesse pubblico ed interesse privato) che possono essere sia concorrenti, sia alternativi, sia configgenti. È evidente che in queste società l'autonomia

---

<sup>207</sup> G. Laurini, *Il ruolo degli statuti e dei patti parasociali nella fase genetica e funzionale delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche*, cit., pp.118 ss.

statutaria – sempre nei limiti consentiti dal nostro ordinamento – è fortemente limitata e compressa dalla presenza dell'interesse pubblico<sup>208</sup>.

Fatte salve le limitazioni connesse al perseguimento dell'interesse pubblico, le norme di diritto societario consentono di adottare soluzioni adeguate a soddisfare le esigenze e gli interessi di entrambe le categorie di soci (i.e., socio pubblico e socio privato). In particolare, le norme civilistiche che regolano lo statuto delle società di capitali (in specie quelle che regolano la società a responsabilità limitata) consentono di incidere in maniera rilevante sugli aspetti di maggiore interesse: la nomina dei membri dell'organo gestorio e dell'organo di controllo, la previsione di maggioranze qualificate, la previsione del diritto di veto (ovvero voto determinante), lo scioglimento del rapporto sociale, il diritto di recesso, l'esclusione del socio, il riscatto e la vendita della partecipazione.

Tuttavia, la maggiore o minore incisività dei correttivi statutari sarà collegata alla scelta del tipo sociale (S.p.A. ovvero S.r.l.). In relazione al primo tipo, sicuramente potrebbero trovare ampia applicazione le azioni di categoria speciale di cui all'art. 2348 c.c. dal momento che tale strumento consente di collegare specifici obblighi e diritti al titolo azionario e, quindi, indirettamente al socio privato.

In particolare, sembrerebbero poter trovare applicazione le azioni con prestazioni accessorie, disciplinate dall'art. 2345 c.c.. Più precisamente, il socio privato potrebbe assumere – come obbligazione accessoria – alcuni obblighi

---

<sup>208</sup> Nelle società miste, infatti, coesistono l'interesse del socio privato a svolgere l'attività d'impresa con metodo economico e l'interesse del socio pubblico a rendere un servizio pubblico dall'elevato standard qualitativo.

operativi connessi alla gestione del servizio. La principale criticità connessa all'applicazione dell'istituto è che spesso il contenuto delle prestazioni accessorie verrebbe a coincidere con l'intera sfera di attività della società mista. Potrebbero, inoltre, essere utilizzate le azioni riscattabili (art. 2437 sexies c.c.) dal momento che esse attribuiscono alla società (e quindi al socio di controllo) ovvero ad un socio (i.e., il socio pubblico) il diritto di acquistare le azioni dell'altro al verificarsi di determinate circostanze o alla scadenza di un determinato termine. Tale categoria di azioni garantisce al socio pubblico la possibilità di cambiare il partner industriale sia quando sia stato realizzato un determinato progetto di investimento sia quando il socio privato non possiede più determinati standard qualitativi.

Infine, potrebbero essere utilizzate le azioni correlate (art. 2350 c.c.). Tale tipologia di azioni potrebbe garantire ad una sola società la possibilità di svolgere diversi servizi. Si ricorda, tuttavia, come lo strumento delle azioni correlate non abbia trovato larghissimo uso in virtù del fatto che possono essere distribuiti utili ai soci solo nei limiti in cui essi siano stati prodotti e non vi siano perdite.<sup>209</sup>

Le caratteristiche delle S.r.l., a differenza di quelle della S.p.A., sembrano meglio adattarsi alle statuizioni dei giudici comunitari. La S.r.l., infatti, presenta una struttura più elastica, che meglio permette la coesistenza - all'interno della

---

<sup>209</sup> Potrebbe, quindi, accadere che una società sia attiva in due business: business "A" in relazione al quale sono state emesse azioni correlate, e business B. Qualora il business A produca un utile annuale di 1000 ed il business B produca una perdita di 900, la società potrà distribuire utili solo per 100 (benché il business A abbia prodotto utili per 1000). L'effetto negativo potrebbe essere in parte attenuato attribuendo al socio privato titolare di azioni correlate anche un diritto di prelazione nella distribuzione dell'utile (entro determinati e ragionevoli limiti).

stessa società –di due diversi interessi (i.e., interesse al profitto ed interesse alla erogazione di un “buon” servizio pubblico). La maggiore duttilità della S.r.l. si coglie già dalla sua costituzione. Sul punto, infatti, l’art. 2464, comma 2, c.c. prevede espressamente che “ogni elemento dell’attivo suscettibile di valutazione economica” può costituire oggetto di conferimento. La norma evidentemente rende leciti nella S.r.l. i conferimenti di servizi, i conferimenti di opera, i conferimenti di diritti, di utilità, di segreti industriali, etc.

Nelle S.r.l., inoltre, è possibile attribuire alla persona del socio (e non alla categoria di azioni) specifici diritti relativi all’amministrazione della società ed alla distribuzione degli utili. La possibilità di personalizzare i diritti del socio garantisce un più efficace perseguimento dei diversi interessi dei soci ed una maggiore tutela dei propri diritti. Attraverso l’utilizzo dello strumento previsto dall’art. 2468, comma 2, c.c. dello statuto sarebbe anche possibile garantire al socio pubblico di S.r.l. i medesimi diritti garantiti al socio pubblico di S.p.A. dall’art. 2449 c.c. Al socio privato, invece, potrebbe essere garantita una maggiore quota di utili, ovvero una quota di utili non proporzionale alla quota di partecipazione.

Lo statuto, inoltre, potrebbe prevedere particolari ipotesi di esclusione del socio privato ex art. 2473 bis c.c., garantendo in tal modo al socio pubblico la facoltà di interrompere la partnership qualora il socio privato si renda gravemente inadempiente.

Ciò detto in merito all’autonomia statutaria della S.p.A. e della S.r.l., è doveroso chiedersi come procedere nel caso in cui lo strumento statutario non

sia sufficiente a tutelare – contemperare al meglio entrambi gli interessi coinvolti. Detto in altri termini, occorre verificare in che termini sia possibile il ricorso allo strumento dei patti parasociali.

Ebbene, mentre può ammettersi l'utilizzo dei patti parasociali in caso di S.p.A., visti i limiti imposti alla libertà statutaria; sembra essere più arduo individuare uno spazio ai patti parasociali nell'ipotesi di una società a responsabilità limitata, atteso che – tendenzialmente – è possibile inserire nello statuto delle S.r.l. tutto quello che originariamente si inseriva nei patti parasociali.

Resta da precisare, tuttavia, che l'utilizzo dei patti parasociali nelle S.p.A., consentirebbe una maggiore tutela dell'interesse pubblico, anche se essa sarebbe “asimmetrica”. Segnatamente, in relazione alle previsioni contenute nello statuto il socio pubblico avrebbe la possibilità di ottenere una forma di tutela reale e, quindi, molto incisiva; nel caso di violazione di previsioni parasociali – anch'esse necessarie per la tutela dell'interesse pubblico - invece, il socio pubblico potrebbe ottenere soltanto una tutela di natura risarcitoria, con conseguente alterazione dell'incisività con cui si persegue l'interesse pubblico.

Da quanto si è detto, si evince che sorgono ancora numerosi dubbi in merito alle regole che disciplinano la governance delle società pubbliche, mentre dubbi non sembrano esserci in merito alle norme che regolano l'attività svolta dalle società pubbliche ovvero (e soprattutto) dalle società private o miste che svolgono attività qualificabili come di pubblico interesse. È evidente, infatti, che tali attività dovranno essere regolate da previsioni normative che siano

“più vicine” al diritto pubblico piuttosto che al diritto privato. Inoltre, l’analisi circa la normativa da applicare all’attività svolta dalla società pubblica non comporta l’adozione di scelte di fondo, assiomatiche, come nel caso dell’analisi strutturale, ben potendo propendersi – a seconda dei settori di interesse – a conclusioni diverse ed anche opposte.

Ad esempio, la normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti pubblici riconduce tra le pubbliche amministrazioni, assoggettate alle norme che impongono il rispetto dell’evidenza pubblica e delle procedure concorrenziali conformi ai principi comunitari, non solo i soggetti formalmente pubblici, ma anche quelli con veste privata, ma sottoposti ad un controllo pubblico. Una tale scelta ha il precipuo fine di evitare che l’utilizzo dello schema di diritto privato possa costituire un escamotage legale per eludere i vincoli procedurali<sup>210</sup>.

L’applicazione delle citate norme – di natura sostanziale - ha anche delle conseguenze di natura procedurale/processuale dal momento che le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 103 della Costituzione<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Codice degli appalti di cui al d.lgs. 163 del 2006. Nello stesso senso vedasi la disciplina in tema di “*criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi*”, a cominciare dal d.l. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto del 2008 n. 113, che all’art. 18, capo sesto introduce, per le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, il rispetto dei principi di cui al comma 3 dell’articolo 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (recante norme per il reclutamento del personale nelle 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 ed imparzialità.

<sup>211</sup> Garofoli, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali, organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie*, in *Foro It.*, 1999, III, p. 178; Parisio, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e Soc.*, 2007, p. 367 e ss. In relazione all’accesso agli atti la questione è oramai pacifica dopo che l’art. 15 della l. n.

Invece, sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti sulle controversie aventi ad oggetto la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti sia degli enti pubblici sia dei soggetti formalmente privati, ma esercenti una pubblica attività. Nel dettaglio, la Corte dei Conti ha affermato la propria giurisdizione tutte le volte in cui vi sia un collegamento – anche indiretto – con la finanza pubblica, a prescindere dalla natura giuridica del soggetto o della veste utilizzata<sup>212</sup>.

Sul punto è intervenuta anche la Suprema Corte che ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti – in relazione alle società pubbliche – soltanto nel caso in cui si arrechi un danno erariale all'azionista pubblico. In particolare la Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>213</sup> ha risolto il problema della giurisdizione in merito alla responsabilità degli amministratori, individuando la competenza giurisdizionale a seconda del soggetto leso: la giurisdizione è della Corte dei Conti nel caso in cui l'azione abbia ad oggetto un danno arrecato direttamente al socio pubblico, mentre è del giudice ordinario nel caso in cui il danno sia stato arrecato al patrimonio sociale e soltanto “indirettamente” al socio pubblico<sup>214</sup>.

---

15 del 2005 ha sostituito l'art. 22 della l. n. 241 del 1990 prevedendo che ai fini dell'accesso per “Pubblica Amministrazione” si intendono anche “*i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*” (si veda anche Consiglio di Stato, sez. V, 23 settembre 2010, n. 7083)

<sup>212</sup> Corte Costituzionale 23 dicembre 1993, n.446; Corte Conti, Lombardia, febbraio 2006 e 30 ottobre 2006 n. 17.

<sup>213</sup> Corte Cass. Civ., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Nds*, n. 3, 2010, p. 36 e ss.

<sup>214</sup> Di recente la Corte di Cassazione ha precisato che solo nel caso in cui l'evento dannoso sia prodotto dagli amministratori “*direttamente*” a carico del socio – ente pubblico si configura la responsabilità amministrativa con sussistente giurisdizione della Corte dei Conti (Corte Cass., sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519, in *Società* 2010, p. 803 e ss; Corte Cass., sez. un., 9 aprile 2010, n. 8429, in *Società*, 2010, p. 1177 e ss. Si veda anche Corte Cass., sez. un., n. 19667 del 2003 in *Giur. it.*, 2003, p. 1830 e ss; Corte Cass., sez. un., n. 3899 del 2004, in *Giur. it.*,

Nel quadro normativo ricostruito, però, si inserisce una norma del decreto mille proroghe del 2008<sup>215</sup>, che riconosce al giudice ordinario la giurisdizione esclusiva in caso di responsabilità degli amministratori di società quotate che siano partecipate da pubbliche amministrazioni e in misura inferiore al 50%<sup>216</sup>. In base al tenore letterale della previsione normativa la giurisdizione sarebbe “di regola” della Corte dei Conti, fatta eccezione per i casi di responsabilità degli amministratori di società quotate che siano partecipate da pubbliche amministrazioni in misura inferiore al 50%. Ovviamente una tale lettura della norma determinerebbe un enorme ampliamento della giurisdizione della Corte dei Conti (aderendo all’orientamento sostenuto dalla stessa magistratura contabile<sup>217</sup>), anche in parziale contrasto con le pronunce della Corte di Cassazione innanzi riportate.

---

2004, p. 1946; Corte Cass., sez. un., n. 3367 del 2007, Corte Cass., sez. un., n. 20886 del 2006; Corte Cass., sez. un., n. 4511 del 2006.

<sup>215</sup> Ai sensi dell’art. 16 bis del d.l. 248 del 2007, cd. decreto mille proroghe, la cui legge di conversione n. 3324 del 2008 è stata approvata in via definitiva al Senato in data 27 febbraio 2008, «Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche». Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o enti pubblici, inferiore al 50%, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario.

<sup>216</sup> La giurisdizione del giudice ordinario si estende anche alle società controllate.

<sup>217</sup> Corte Conti, sez. I, App., 3 novembre 2005, n. 356, in *Foro amm.*, 2005, p.3842; Corte Conti, sez. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135; Corte Conti sez. Lombardia, 25 gennaio 2005, n. 22, in *Foro amm.*, 2005, p. 80; Corte Conti, sez. Trentino Alto Adige, 1 giugno 2006, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it); Corte Conti, sez. Lombardia, 5 settembre 2007 n. 448; Si veda anche Ibbà, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società a mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, p. 145 e ss. Romagnoli, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 478.

Un corretto inquadramento della problematica, invece, dovrebbe continuare a far propendere per due forme di responsabilità concorrenti<sup>218</sup>, a cui fanno seguito due giurisdizioni concorrenti. Da un lato, infatti, ci sarebbero i casi di responsabilità degli amministratori per danni arrecati al patrimonio sociale, le cui controversie sarebbero devolute al giudice ordinario, e dall'altro lato ci sarebbero i casi di danno erariale, le cui controversie sarebbero devolute alla magistratura contabile<sup>219</sup>.

In conclusione, dunque, alle società pubbliche saranno applicate le regole e/o norme previste dal legislatore in relazione agli enti pubblici qualora l'interesse pubblico – in relazione ad un determinato settore – assuma un rilievo preminente rispetto allo schema societario. Di contro, gli aspetti afferenti il funzionamento e l'organizzazione delle società pubbliche saranno assoggettate alle normali regole civilistiche.

Ne consegue che, su tutte le controversie relative alla corporate governance la giurisdizione spetterà – di regola – al giudice ordinario. In tal senso si è

---

<sup>218</sup>Ibba, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, I, p. 365 e ss.; Ibba, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica, Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, p. 145 e ss.; Ibba, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Dir. Civ.* 2008, I, p. 584 e ss.; Rodorf, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Società*, 2005, p. 424; Venturini, *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm., Consiglio di Stato*, 2005, p. 3442 e ss.; Romagnoli, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Società*, 2008, p. 441 e ss.; Corte Conti, sez. Molise, 11 gennaio 2001, n. 157, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>219</sup> Secondo parte della dottrina l'azione contabile esperita dal procuratore della Corte non dovrebbe comunque precludere l'azione ex art. 2395 c.c., esperita dal socio innanzi al giudice ordinario, vista la diversità dei presupposti e dei risultati perseguibili (Fimmanò, *Ordinamento delle società pubbliche*, cit., p. 21 e ss.). Secondo parte della dottrina, invece, l'esercizio dell'azione da parte del procuratore della corte impedirebbe il successivo esercizio, da parte dello stesso socio, dell'azione individuale ex art. 2395 c.c. (Corso, *La responsabilità societaria ed amministrativa degli amministratori di società a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. Arb.*, 2008, p. 570 e ss).

espressa anche la Corte Costituzionale, affermando che non è sufficiente il mero coinvolgimento dell'interesse pubblico per giustificare l'attrazione della giurisdizione in capo al giudice amministrativo<sup>220</sup>.

## **2. L'affidamento in house: definizione e requisiti**

L'inhouse providing rappresenta un modello organizzativo di produzione di beni e servizi alternativo rispetto alle procedure di ricorso al mercato<sup>221</sup>. In tal caso la Pubblica Amministrazione decide di acquisire direttamente il bene o il servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa, autoproducendoli, senza ricorrere a terzi tramite procedure di evidenza pubblica.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> In ordine al dibattito circa la natura della nomina e della revoca degli amministratori e sulla necessità di una presa d'atto dell'assemblea, si veda Pericu, *Artt. 2449 e 2450*, in Niccolini, Stagno D'Alcontres (a cura di), *Commentario Società di Capitali*, III, Napoli, 2004, p. 1291 e ss; Atelli, *La Revoca degli amministratori di s.p.a. partecipate da enti locali è atto di diritto privato* (Commento a Corte Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799), in *Società*, 2006, pp. 870 ss.

<sup>221</sup> Inizialmente la società in house non aveva una identità propria, definita, autonoma e completa, ma l'istituto de quo era individuato "de relato" partendo dalle figure tipizzate dell'appalto e della concessione di pubblici servizi. Essa era concepita come un modello organizzativo interamente espressione del potere di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione, direttamente discendente dalla sua autonomia organizzativa e istituzionale, e conseguente alla scelta autonoma e non sindacabile nel merito di risolvere e soddisfare la domanda di prestazione dei propri utenti attraverso una relazione organizzativa costituita ad hoc. Cfr. Consiglio di Stato, 3 settembre 2001, n. 4586. Pittalis, *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in [www.giust.it](http://www.giust.it). Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2010, p. 610. G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in [www.giustizia-amministrativa.com](http://www.giustizia-amministrativa.com).

<sup>222</sup> Si precisa che l'espressione in house providing è stata utilizzata, per la prima volta, in sede comunitaria nel Libro bianco sugli appalti del 1998. La Commissione europea ha definito "in house" gli appalti aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, come quelli intercorrenti tra amministrazione centrale e locale o tra una amministrazione e una società da essa interamente controllata.

Tale modello si contrappone a quello dell'outsourcing, o contracting out, in cui la Pubblica Amministrazione ricorre al privato per produrre o fornire i beni e i servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.<sup>223</sup>

La differenza tra l'inhouseproviding e lo schema dell'outsourcing si ravvisa nel fatto che solo nel primo caso, non si sviluppa una relazione intersoggettiva, per cui la P.A. non è tenuta ad osservare le vigenti norme in materia di evidenza pubblica, che disciplinano l'acquisto di beni e di servizi.

Ne deriva che l'inhouseproviding costituisce un modulo organizzativo eccezionale, ammissibile solo in presenza di determinate condizioni previste dalla legge; inoltre, i requisiti legali su cui si fonda l'istituto devono essere interpretati in via restrittiva, proprio perché derogano alle norme e ai principi generali del diritto comunitario in materia di concorrenza.<sup>224</sup>

Ed infatti, l'affidamento diretto del servizio potrebbe violare il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: esso, da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici; dall'altra, costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di commesse pubbliche al di fuori delle regole della concorrenza, costituendo così in suo favore una situazione di vantaggio economico che l'impresa può

---

<sup>223</sup> Tale ricostruzione è stata effettuata dalla seconda sezione del Consiglio di Stato, nel parere 18 aprile 2007 n. 456.

<sup>224</sup> In tal senso il parere 18 aprile 2007 n. 456 del Consiglio di Stato; Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia – sezione giurisdizionale - sentenza del 27 ottobre 2006 n. 589; Corte di Giustizia nella sentenza 6 aprile 2006, C-410/04.

sfruttare anche nel libero mercato, con conseguente alterazione della par condicio<sup>225</sup>.

Pertanto, l' in house providing ha carattere derogatorio ed eccezionale ed è ammissibile solo in virtù di un'espressa disposizione di legge.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> L'affidamento in house esige un rapporto di delegazione interorganica che da un punto di vista civilistico è assolutamente incompatibile tra una società di capitali ed il suo socio, tra i quali vi è sempre un "chinesewall" chiamato personalità giuridica (A conferma si veda Consiglio di Stato, sez. V, 26 gennaio 2007, n. 278, che ha affermato che le società controllate e collegate hanno una autonoma soggettività giuridica e possono assumere la posizione di cointeressate necessarie dinanzi al giudice amministrativo; si veda anche Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale normativa e contenzioso, 8 marzo 2007, n. 37, che ha affermato che le prestazioni di servizio rese da una società in house dell'ente locale, dietro pagamento di un corrispettivo, sono da assoggettare ad IVA).

Secondo l'orientamento più volte espresso dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia Europea, 11 gennaio 2005, n. C-26/03), la normativa comunitaria sui pubblici appalti non trova applicazione quando tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario non si è in presenza di un vero e proprio rapporto contrattuale, come nel caso di delegazione interorganica, la quale esclude che tra essi possa esservi un rapporto di terzietà e consente l'applicazione dell'istituto dell'affidamento diretto<sup>225</sup>.

Non è possibile, tuttavia, applicare sic et simpliciter nell'ordinamento interno il principio sancito dalla giurisprudenza comunitaria. La delegazione organica comporta, infatti, il trasferimento da un soggetto all'altro di competenze, funzioni, poteri, con la conseguenza che il delegante si priva delle proprie attribuzioni in favore del soggetto delegato. Quest'ultimo agisce nell'interesse e per conto del soggetto delegante, acquisendo legittimazione attiva e passiva e diventando direttamente responsabile nei confronti dei terzi per gli atti posti in essere. Nella nota sentenza Teckal del 18 novembre 1999, causa C107/98, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee così si esprimeva sul punto *"nel caso dell'affidamento diretto del servizio vi sarebbe una delegazione interorganica in favore di un soggetto che, pur se dotato di personalità giuridica, risulta, nella sostanza, sottoposto ad un penetrante controllo da parte dello stesso ente, alla stessa stregua di tutte le articolazioni interne classiche del soggetto pubblico. In tal modo, si profila un controllo assai stringente da un punto di vista gestionale e finanziario, tale da integrare una influenza dominante così pregnante che l'affidatario risulta titolare di una autonomia solo formale rispetto all'ente di riferimento. La sostanziale assenza di terzietà di tale soggetto rispetto all'ente affidante rende, dunque, non necessaria la procedura di gara per l'affidamento del servizio pubblico"*.

In un tale panorama che non aveva particolari punti di riferimento e che spesso individuava le caratteristiche dell'istituto dell'in house attraverso un procedimento logico "a contrario", e soprattutto non forniva valide indicazioni per la individuazione del "nesso interorganico", assumevano dunque fondamentale rilievo le indicazioni che si ricevevano dalla giurisprudenza comunitaria. Per i giudici comunitari la sussistenza congiunta del controllo analogo, della prevalenza dell'attività compiuta nei confronti dell'ente affidante e dell'assenza dell'alterità soggettiva, essendo la società parte integrante dell'organizzazione amministrativa, rendeva legittima la deroga al sistema concorrenziale.

<sup>226</sup> Cfr. Consiglio di Stato, VI sezione, del 3 aprile 2007 n. 1514, secondo cui in materia di lavori pubblici, e anche per il settore dei beni culturali nessuna previsione normativa interna consente il ricorso all'affidamento in house; una norma di carattere generale era stata proposta nel primo schema del c.d. codice appalti, ma non è stata poi inserita nel testo finale del D.Lgs. n. 163/2006, a conferma della volontà del legislatore di non generalizzare il

La Corte di Giustizia ha individuato, per la prima volta, i presupposti per la sussistenza dell'in house providing con la sentenza Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98; in quella sede, la Corte ha affermato che non era necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti qualora:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;
- b) il soggetto aggiudicatario svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza<sup>227</sup>.

Nelle pronunce successive i giudici di Lussemburgo hanno ulteriormente precisato che il controllo analogo sussiste solo ove si concretizzi in un rapporto tanto pregnante da qualificare l'affidatario del servizio come una "longa manus" dell'amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, la giurisprudenza comunitaria ha individuato alcuni elementi sintomatici del controllo analogo: si pensi al potere dell'ente pubblico di verificare oltre che i conti annuali dell'organismo in house, la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza delle cifre indicate, della

---

modello dell'in house a qualsiasi forma di affidamento di servizi, di lavori, o di forniture. Cfr. Baseggio e Calganile, *Società in houseproviding. Rassegna ragionata di giurisprudenza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008. Fimmanò, *Ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, cit., p. 68. Occhilupo, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 63 e ss. Demuro, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in houseproviding per la gestione dei servizi pubblici locali*, ibidem, p. 780 e ss. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1999, p. 36 e ss.

<sup>227</sup> Più precisamente, in merito ai requisiti dell'inhouseproviding (i.e., controllo analogo e prevalenza dell'attività) la Corte di Giustizia è intervenuta ripetutamente, stabilendo che le condizioni del controllo analogo e della "prevalenza dell'attività svolta in favore dell'ente affidante" devono essere interpretate in modo restrittivo e che grava sul soggetto che intende avvalersi della "deroga al sistema ordinario di gestione dei pubblici servizi" fornire la prova del concorso delle circostanze che la autorizzano.

regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità; il potere dell'autorità pubblica di visitare i locali e gli impianti aziendali dell'organo in house; la possibilità di effettuare le verifiche e gli interventi necessari sugli atti fondamentali dell'organo in house quali quelli diretti a delineare le sue strategie operative, nonché gli atti mediante i quali l'ente pubblico può accertare il raggiungimento degli obiettivi fissati.<sup>228</sup>

Ancora, la Corte di giustizia<sup>229</sup> ha ritenuto che l'assenza nella compagine sociale di qualsiasi socio privato costituisca un ulteriore ed imprescindibile elemento di una fattispecie di «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi».

In un primo momento la Corte ha chiarito che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società pubblica esclude l'ammissibilità di un affidamento in house; infatti, in virtù di tale partecipazione, viene meno la possibilità che l'amministrazione pubblica possa esercitare, sull'ente in house, un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi; una società può dunque essere considerata in house soltanto se essa agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione "dal punto di vista sostantivo", non contaminato da alcun interesse privato.

Successivamente, la Corte di Giustizia<sup>230</sup> ha chiarito che la partecipazione pubblica totalitaria costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente:

---

<sup>228</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00.

<sup>229</sup> In particolare, nella sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03 la Corte di Giustizia ha precisato che ogni investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell'amministrazione pubblica.

infatti, per giustificare la deroga alle regole europee di evidenza pubblica, si richiedono strumenti di controllo da parte dell'ente maggiori rispetto a quelli previsti dal diritto civile. Nel dettaglio, il consiglio di amministrazione della società in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale. Ancora, le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante al punto che se il consiglio di amministrazione dispone dei poteri ordinari, non può ritenersi sussistente il requisito del controllo analogo.

Ai fini della legittimità di un affidamento in house, l'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo da parte dell'ente pubblico: la finalità commerciale può evidenziarsi in maniera sintomatica dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali e dall'espansione territoriale dell'attività della società.<sup>231</sup>

La giurisprudenza comunitaria ha anche chiarito che, in astratto, è configurabile un "controllo analogo" anche nel caso in cui il pacchetto azionario sia detenuto dall'ente pubblico, non direttamente ma indirettamente, mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'ente medesimo. Tuttavia, una tale forma di partecipazione può, a seconda

---

<sup>230</sup> In tal senso Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio del 2006, causa C-340/04; Consiglio di Stato, II sezione, parere del 18 aprile 2007 n. 456; Consiglio di Stato, V sezione, sentenze n. 5 del 8 gennaio 2007.

<sup>231</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03; 10 novembre 2005 causa C-29/04.

delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione pubblica poiché, in tale fattispecie, il controllo sull'ente in house è mediato e indiretto.<sup>232</sup>

Pertanto, la compartecipazione di tutti i soggetti pubblici proprietari di una società, organizzata mediante una holding, pur essendo in astratto compatibile con l'inhouseproviding, è di difficile attuazione pratica in quanto può affievolire il controllo della singola amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa<sup>233</sup>, recependo gli orientamenti della Corte di Giustizia, ha osservato che il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi. Giova precisare, inoltre, che il Consiglio di Stato ha escluso l'esistenza del controllo analogo<sup>234</sup> in una fattispecie in cui il consiglio d'amministrazione disponeva della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. In tale prospettiva, infatti, i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non erano sufficienti a

---

<sup>232</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio del 2006, causa C-340/04.

<sup>233</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 5072 del 30 agosto 2006; sezione VI, sentenza 13 luglio 2006 n. 440.

<sup>234</sup> Sul requisito del controllo analogo si veda in giurisprudenza, a mero titolo esemplificativo Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151; Consiglio di Stato, sez V, 24 febbraio 2010, n. 7092; Consiglio di Stato, 11 agosto 2010, n. 5620; Consiglio di Stato, 8 marzo 2011, n. 1447, Consiglio di Stato, V sez., 13 luglio 2006, n. 4440; Consiglio di Stato, 30 agosto 2006, n. 5072.

consentire all'ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.<sup>235</sup>

Per quanto concerne il requisito dello svolgimento della maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza, la Corte di Giustizia ha dichiarato che tale condizione ricorre solo se l'attività dell'organismo in house sia principalmente destinata all'ente pubblico o agli enti pubblici che lo detengono, in modo che ogni altra residua attività abbia carattere marginale.<sup>236</sup>

### ***3. I servizi pubblici locali: modalità di gestione e affidamento***

Il ricorso allo strumento dell'*in house*, con riferimento al settore dei servizi pubblici locali, è stato disciplinato dall'art. 23*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133, norma, invero, recentemente abrogata a seguito del *referendum* del 12 e 13 giugno 2011.

Ebbene, a colmare la lacuna derivante dall'abrogazione referendaria è intervenuto, poi, il legislatore, riscrivendo l'abrogato art. 23 *bis* con l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, per vero, anch'esso oggetto di ripetuti e ravvicinati interventi modificativi.

---

<sup>235</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 30 agosto 2006 n. 5072 ha osservato che qualora il Consiglio d'Amministrazione disponga di poteri amministrativi di gestione (consistenti nella sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o in una rilevante modificazione dei diritti dei soci) che si sottraggono al diretto controllo dei soci e, in particolare, del detentore pubblico del capitale sociale, rimane aperta la possibilità di scelte dell'organo amministrativo che siano sottratte al diretto controllo dell'ente pubblico.

<sup>236</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04.

Infatti, la citata norma è stata annullata dalla sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199, a seguito della quale il legislatore è intervenuto nuovamente, in tema di affidamenti senza gara, con l'art. 4, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135.

I servizi pubblici locali<sup>237</sup> sono attività economiche, in astratto suscettibili di essere organizzate in forma di impresa, che si caratterizzano per la loro immediata finalizzazione alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale: si tratta, in particolare, dei c.d. "servizi indispensabili" così definiti proprio perché rientrano fra le funzioni fondamentali non derogabili di ogni amministrazione comunale<sup>238</sup>.

Diverse le modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali: si parla di "esternalizzazione" delle prestazioni o dei servizi nei casi in cui essi sono affidati a soggetti selezionati con gara; ancora, la pubblica amministrazione può produrre interamente in proprio le prestazioni di cui ha bisogno e dei

---

<sup>237</sup> Secondo la definizione fornita dall'AGCM nella comunicazione 20 ottobre 2008, i servizi pubblici locali di rilevanza economica sono quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale.

<sup>238</sup> È possibile distinguere tra:

- servizi finali, ossia prestazioni indirizzate ai cittadini e al soddisfacimento dei loro bisogni come utenti individuali (es. servizio idrico, trasporto pubblico) o come membri della collettività locale (es. spazzamento delle strade, illuminazione pubblica, ecc.);
- servizi c.d. strumentali, ossia prestazioni di cui beneficiano uno o più settori o uffici dell'ente stesso (es. pulizia dell'immobile sede comunale, manutenzione e riparazione dei computers, ecc.).

Solo i primi possono essere qualificati come veri e propri servizi pubblici locali, poiché sono orientati alla soddisfazione diretta delle esigenze collettive ed hanno un impatto immediato sull'assetto socio-economico della comunità locale.

I secondi possono costituire, se del caso, l'oggetto di appalti che l'ente locale può affidare a terzi normalmente all'esito di apposita procedura di evidenza pubblica.

Cfr. Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, pp. 203 ss. Ilacqua, *L'inhouse "puro" dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CDS* 2012, 3, pp. 749 e ss.

servizi da svolgere in favore del pubblico, anche mediante l'affidamento diretto e senza gara a strutture societarie legate all'ente pubblico talmente in profondità da indurre a ritenere che si tratti di proiezioni organizzative dello stesso (è l'idea sottesa all'istituto del c.d. affidamento *in house*); infine, l'amministrazione può ricorrere a forme di partenariato pubblico-privato, in specie con l'affidamento diretto e senza gara di appalti e servizi a società acapitale misto.

La differenza tra la società *in house* e la società mista consiste nel fatto che: la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione da un punto di vista sostanziale; la seconda, nella quale il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovano convergenza.

L'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste è stata confermata anche dalla giurisprudenza comunitaria<sup>239</sup> a condizione che si svolga in un unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione. Ciò premesso, giova, a questo punto, ripercorrere, seppur brevemente, le principali tappe della disciplina nazionale riguardante le modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali.

Inizialmente, l'art. 22, l. n. 142 del 1990 (confluito nell'art. 113 del T.U enti locali, approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) prevedeva espressamente,

---

<sup>239</sup>Cfr. CGUE 15 ottobre 2009, Acoset.

la costituzione della società per azioni a partecipazione pubblica locale quale forma di espletamento del servizio cui l'ente locale poteva ricorrere ogniqualvolta si rendeva opportuna, in relazione al servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

Successivamente, l'art. 35, l. n. 448 del 2001 (legge finanziaria per il 2002), nel ridisciplinare organicamente la materia, ha riformulato l'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000 e ha introdotto *ex novo* l'art. 113-*bis*.

La disciplina in esame distingueva tra servizi aventi rilevanza industriale, per i quali si sanciva la regola dell'obbligatorietà della gara con procedura di evidenza pubblica per l'individuazione del gestore, superando in tal modo il sistema dell'affidamento diretto di cui in passato potevano beneficiare le società miste a partecipazione pubblica locale; e servizi privi di rilevanza industriale, per cui operava, non il modello della società di capitali scelta in base a procedura ad evidenza pubblica, ma l'affidamento diretto in favore di istituzioni, aziende speciali e società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali e regolate dal codice civile.

L'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, è stato, ulteriormente, riscritto dall'art. 14, d.l. n. 269 del 2003, convertito in l. n. 326 del 2003: esso ha, in primo luogo, sostituito alla distinzione tra servizi di rilevanza industriale e servizi di rilevanza non industriale quella tra servizi di rilevanza economica e servizi di rilevanza non economica.

Quanto ai primi, si prevedeva quale regola generale l'obbligo di indire e gestire procedure ad evidenza pubblica per la selezione della società di capitali cui

affidare il servizio. Erano, tuttavia, previste due eccezioni in cui la gara non era richiesta, così consentendosi l'affidamento diretto: per le società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato viene scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica (c.d. partenariato pubblico-privato); per le società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (c.d. affidamento in house).

Quanto, invece, ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, va osservato che la Corte costituzionale<sup>240</sup> li ha ricondotti nella competenza legislativa residuale delle regioni (dichiarando, tra l'altro, l'incostituzionalità dell'art. 113-*bis*, T.U.E.L., recante la disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici non economici). Invero, la Consulta ha ritenuto che soltanto i servizi a rilevanza economica rientrano nella potestà legislativa spettante allo Stato nella materia della "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost.

La disciplina dei servizi pubblici locali e delle relative modalità di affidamento e gestione è stata ridisegnata, inoltre, dall'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, successivamente modificato dall'art. 15, d.l. n. 135/2009, convertito nella l. n. 166/2009. A dare attuazione alla disciplina era poi

---

<sup>240</sup> Cfr. Corte cost. n. 272/2004; n. 29/2006.

intervenuto il d.P.R. n. 168/2010 recante il regolamento di attuazione del citato art. 23-*bis*.

Tale normativa mirava ad assicurare l'applicazione in detto settore dei principi comunitari di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati, e al tempo stesso a garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, così come previsto anche dall'art. 117, comma 2, lett. e) e m), della Costituzione.

Il citato art. 23-*bis* (ora abrogato per effetto del *referendum* del 12 e 13 giugno 2011<sup>241</sup>), nel riformare la disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali - fino ad allora regolata dall'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000 - distingueva una modalità ordinaria di conferimento della gestione, consistente nell'espletamento di procedure competitive ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi del Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici<sup>242</sup>; e una modalità "in deroga" ammissibile purché ricorressero situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato.

---

<sup>241</sup> L'effetto abrogativo si è realizzato con decorrenza dal 21 luglio 2011, a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del Decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2011, n. 113.

<sup>242</sup> Tra le quali era prevista anche la modalità di affidamento a società miste a condizione che la gara avesse ad oggetto, oltre che la qualità di socio, anche l'affidamento del servizio e che al socio privato fosse assicurata una partecipazione minima del 40%.

In questi casi, si poteva ricorrere all'istituto dell'*in house*, ammissibile come modalità derogatoria di affidamento, il ricorso alla quale doveva essere motivato sulla base di situazioni eccezionali.

Inoltre, la norma ribadiva le condizioni di legittimità dell'istituto facendo espresso riferimento al diritto comunitario: in particolare, si prevedeva che la società affidataria dovesse essere "*a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale*" e avere "*i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario*"; era necessario, poi, che l'affidamento avvenisse nel rispetto "*dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*".

Le numerose sollecitazioni di 'ripubblicizzazione' della gestione dei servizi pubblici locali (manifestatesi con specifico riguardo al servizio idrico integrato) sono state alla base dell'indizione di un *referendum* abrogativo, svoltosi nelle giornate del 12 e 13 giugno 2011, il cui esito è stato favorevole all'abrogazione dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> Dall'impossibilità della riviviscenza dell'art. 113 del T.U.E.L., che era stato parzialmente abrogato proprio dall'abrogato articolo 23 bis, si riteneva dovessero trovare applicazione immediata e diretta i principi di natura comunitaria. In tal senso deponeva la Corte Costituzionale con sentenza del 26 gennaio 2011, n. 24, che, in occasione della richiesta di referendum popolare, si era così espressa "[...] all'abrogazione dell'art. 23 bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo; dall'altro conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica [...]".

Quale fosse la normativa comunitaria applicabile era desumibile dalle indicazioni ricevute dai giudici di Palazzo Spada, i quali hanno individuato, come detto, nel controllo analogo e nell'attività prevalente i requisiti minimi richiesti dall'ordinamento comunitario, ferma restando l'eccezionale ricorso all'affidamento *in house*.

In tal senso si erano espresse l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Deliberazione del 16 ottobre 2008 n. 18997 e deliberazione del 28 aprile 2011 n. 22226) e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Deliberazione del 2 dicembre 2010, n.78), le quali hanno sviluppato sul punto una vera e propria prassi

A colmare il vuoto lasciato dall'abrogazione referendaria è intervenuto l'art. 4, d.l. n. 138/2011 (cd. Decreto Sviluppo), convertito con modificazioni dalla l. n.148/2011, che ha ripristinato nel nostro ordinamento nazionale una disciplina organica in materia.

Invero, la nuova disciplina ripropone in realtà, con poche varianti, la precedente dettata dall'art. 23-*bis*, d.l. n. 112 del 2008 e dal regolamento di attuazione n. 168 del 2010, abrogata dal *referendum*, sottraendo dalla sua applicazione alcuni settori: il servizio idrico integrato, il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale, nonché la gestione delle farmacie comunali.

Inoltre, la norma prevede che gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui,

---

amministrativa, di cui gli enti pubblici non possono non tener conto, proprio perché il ruolo svolto dalla prassi nei rapporti regolati dalle norme amministrative è quello di colmare le lacune della produzione giuridica da parte degli apparati amministrativi" (Abbamonte, Prassi e diritto nella materia amministrativa in Prassi e diritto, valore e ruolo della consuetudine, Napoli, 2008, 221).

Quanto sinora asserito trovava conforto anche nella giurisprudenza della Corte dei Conti (Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la regione Campania, sentenza 16 marzo 2011, n. 359) secondo cui "*l'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra, quindi, una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto*".

in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Il conferimento della gestione di servizi pubblici locali, qualora l'ente locale, a seguito della suddetta verifica, decida di attribuire i diritti di esclusiva, deve avvenire in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Ancora, è prevista la possibilità, per le società a capitale interamente pubblico, di partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

Ai sensi dell'originaria formulazione del citato art. 4, infine, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento era pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento poteva avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che avessero i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*. Il ricorso all'*in house* è stato, tuttavia, significativamente ridimensionato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. Decreto Liberalizzazioni) che ha abbassato la soglia dagli originari 900.000 euro agli attuali 200.000 euro.

Sulla disciplina così ricostruita è intervenuta, con sentenza 20 luglio 2012, n. 190, la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale del citato art. 4, d.l. n. 138 del 2011, sul rilievo che lo stesso riproduce, ora nei principi, ora testualmente, sia talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23 *bis*, d.l. n. 112 del 2008, sia la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis*. Ad avviso del Giudice delle leggi, anche le poche novità introdotte dall'art. 4, accentuando la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, non appaiono conformi alla volontà popolare desumibile dall'esito della consultazione referendaria. La Corte osserva, invero, che poiché l'intento abrogativo espresso con il *referendum* riguardava *“pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica [...] ai quali era rivolto l'art. 23 bis, non può ritenersi che la sola esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare”*, ne consegue, dunque, che la disposizione impugnata viola il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup>Invero, il vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica, alla luce di un'interpretazione unitaria del dettato costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, proprio al fine di impedire che l'esito di una consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto. Pertanto, il legislatore ordinario, *“pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata”*.

A seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale è intervenuto il legislatore con la l. 7 agosto 2012, n. 135, che ha modificato, in sede di conversione, l'art. 4, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (c.d. decreto *spending review*).

Nel dettaglio, la norma interviene sulla materia delle società pubbliche e sugli affidamenti diretti, al dichiarato scopo di conseguire risparmi di spesa pubblica, riproponendo un nucleo di regole limitative della libera iniziativa imprenditoriale delle amministrazioni pubbliche e contraddistinte dalla finalità di favorire l'apertura concorrenziale del mercato degli appalti di servizi e forniture.

Innanzitutto, è disposto, alternativamente, lo scioglimento (entro il 31 dicembre 2013) o l'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni (entro il 30 giugno 2013) delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento.

Inoltre, al comma 3 del citato art. 4, viene reintrodotta la previsione derogatoria in realtà già presente nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (annullato dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 199 del 2012): possono sopravvivere le società pubbliche affidatarie dirette di servizi qualora, per le *“peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento”* non sia possibile per l'amministrazione controllante il ricorso al mercato. In tal caso, è obbligatoria l'effettuazione di un'analisi di mercato e la trasmissione di una relazione all'Autorità garante della

concorrenza e del mercato, per l'acquisizione del parere vincolante, che deve poi essere comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La norma prosegue disponendo che *“i servizi già prestati dalle società”*, ove *“non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione”* (ossia erogati in economia dalla stessa amministrazione mediante il proprio apparato), devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale, tramite l'ordinario strumento dell'affidamento a terzi mediante procedura di evidenza pubblica.

Quanto alla possibilità di procedere all'affidamento senza gara, il successivo comma 8 (modificato dall'articolo 34, comma 27, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179) prevede che *“a decorrere dal 1° gennaio 2014, l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house”*. La medesima norma fa salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014 e le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore a 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale, degli enti di volontariato, delle associazioni sportive dilettantistiche, delle organizzazioni non governative e delle cooperative sociali.

**Società pubbliche e procedure concorsuali**

SOMMARIO: 1. L'esclusione degli enti pubblici dalla soggezione al fallimento. 2. La crisi delle società pubbliche: codice civile o legge fallimentare? 3. La crisi delle società pubbliche che erogano servizi pubblici.

***1. L'esclusione degli enti pubblici dalla soggezione al fallimento***

Gli enti pubblici non sono disciplinati dalle norme del Libro V del codice civile, che regolano le società di capitali, da cui si distinguono perché dotate di una natura giuridica diversa. Esse, tuttavia, spesso assolvono una funzione socio – economica molto simile a quelle delle società di capitali: di qui la necessità di interrogarsi sulla possibilità di applicare la disciplina civilistica prevista in caso di crisi anche alle società pubbliche.

Il dato normativo è esplicito nell'escludere l'applicazione agli enti pubblici della legge fallimentare. L'art. 1 del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, infatti, al comma I, così dispone: "*sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*".

Storicamente, tale ipotesi di esenzione dal fallimento ha suscitato scarso interesse rispetto ad altre fattispecie di esclusione più frequenti nella pratica commerciale: si pensi all'ipotesi di esenzione del piccolo imprenditore e dell'imprenditore agricolo.

Negli ultimi anni, complice anche il proliferare continuo delle società pubbliche, non solo in settori ritenuti strategici, ha contribuito alla crescita sempre maggiore dell'interesse degli studiosi verso tale ipotesi di esenzione dal fallimento.

In particolare, si tratta di stabilire se le società interamente partecipate dalla Pubblica Amministrazione ovvero quelle controllate dalla Pubblica Amministrazione possano essere equiparate agli enti pubblici, con conseguente estensione alle società pubbliche dell'esclusione per essi prevista dall'art. 1 della legge fallimentare.

La questione non è meramente teorica. Infatti numerose sono le conseguenze derivanti dalla risoluzione della questione posta.

In particolare, un'eventuale risposta positiva, consentirebbe di escludere dal fallimento tutte le società pubbliche, garantendo al contempo a tale tipologia di società una protezione differente rispetto alle altre società di capitali, così alterando il regime concorrenziale nel settore in cui la società in questione svolge la sua attività.

Per rispondere al quesito giova, innanzitutto, analizzare la *ratio* della previsione contenuta nell'art. 1 della l. fall.

Dalla lettera della citata norma appare evidente che la prima limitazione dei soggetti giuridici che possono essere sottoposti al fallimento è quella connessa all'esercizio dell'attività commerciale. L'esclusione dalla soggezione al fallimento riguarda, quindi, gli enti pubblici economici, mentre la disposizione dell'articolo 1 non concerne gli altri enti pubblici (territoriali o non territoriali)

che risultano esclusi dalla soggezione al fallimento poiché non svolgono un'attività commerciale o, se pure la svolgono, questa non è esercitata in misura prevalente o professionale, tale da far acquisire loro il requisito della professionalità imprenditoriale<sup>245</sup>.

È pacifico, in dottrina, che l'articolo 1 della l. fall. esclude gli enti pubblici economici dalla soggezione al fallimento<sup>246</sup> in ragione della natura e delle finalità strettamente pubblicistica degli stessi<sup>247</sup>. Inoltre, la struttura e soprattutto le funzioni degli enti pubblici appaiono incompatibili con i principi e le regole del fallimento in quanto un'eventuale applicazione delle norme fallimentari rischierebbe di determinare la paralisi dell'attività dell'ente pubblico nel proseguimento della cura dell'interesse allo stesso affidato nonché di dar luogo ad un'ingerenza degli organi della procedura concorsuale nella gestione dell'attività dell'ente<sup>248</sup>.

In dottrina è anche diffusa la convinzione che dagli enti pubblici economici debbano essere tenute distinte le cd. società pubbliche, ovvero le società a

---

<sup>245</sup> Secondo Schiano Di Pepe, *Art. 1*, in (a cura di Schiano Di Pepe), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 2, è questo il caso delle attività oggettivamente imprenditoriali svolte dagli enti pubblici territoriali nel settore dei servizi pubblici che sono inidonee, per difetto del requisito della professionalità, a far acquisire natura di imprenditore commerciale all'ente che le esercita.

<sup>246</sup> Cfr. Aprile, *Art. 1*, Ferro, Padova (a cura di), in *Legge Fallimentare, commentario teorico – pratico*, 2007, p. 9. Apice, Mancinelli, *Diritto Fallimentare, Normativa ed adempimenti*, Torino, 2008, p. 25.

<sup>247</sup> Fortunato, *Art. 1*, in *Il nuovo diritto fallimentare, commentario* diretto da Iorio e coordinato da Fabiani, Bologna 2006, I, p. 57.

<sup>248</sup> D'Attorre, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Il Fallimento*, n. 6/2009, p. 719.

partecipazione, anche totalitaria, pubblica che, invece, sarebbero soggette alle regole previste dalla legge fallimentare<sup>249</sup>.

Invero, il dibattito relativo agli enti pubblici economici ha ormai perso notevolmente interesse, in quanto si tratta di una categoria giuridica ampiamente superata dall'ordinamento, che li ha quasi completamente sostituiti con modelli gestionali privatistici, quali società commerciali a capitale interamente pubblico o società commerciali a capitale misto pubblico – privato.

Proprio la nascita e la veloce diffusione, avvenuta negli ultimi tempi, di tali modelli organizzativi, soprattutto nel settore dei servizi pubblici nazionali e locali, sta sollevando numerosi interrogativi circa la natura di tali società, che pur essendo formalmente di natura giuridica privata, sono sostanzialmente destinate alla gestione di interessi pubblici.

## **2. La crisi delle società pubbliche: codice civile o legge fallimentare?**

In un primo momento, il dibattito sviluppatosi in merito alle società pubbliche<sup>250</sup> restava sul piano teorico, poiché esse sul piano pratico non

---

<sup>249</sup> Apice, Mancinelli, op. cit., 25. Aprile, op. cit., p. 9. Chiozzi, *I presupposti del fallimento. La qualità di imprenditore commerciale*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, trattato diretto da L. Panzani, Torino, 2000, I, p. 58.

<sup>250</sup> Si ricorda che, l'espressione società pubbliche, innanzitutto, identifica ipotesi che variano dalla società le cui azioni e/o quote sono interamente possedute dallo Stato o da un altro ente pubblico, al caso in cui lo Stato oppure un ente pubblico è titolare di una partecipazione di controllo, ovvero al caso in cui lo Stato o un ente pubblico detiene una partecipazione di minoranza ma esercita una influenza notevole sulla società, al caso, infine, in cui la società è ad intera partecipazione privata ma svolge una attività "pubblica". Cfr. Ibba, *Società pubbliche e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, I, 2005, p. 2.

L'Assonime qualche anno fa ha proposto un'ulteriore classificazione, rilevante ai fini dell'identificazione del regime giuridico applicabile alle società pubbliche, distinguendo tra "società di mercato" e società "semi-amministrazioni", ripartite, a loro volta, in tre ulteriori

rappresentavano un problema rilevante per gli operatori giuridici dal momento che costituivano una minoranza delle società operanti sul mercato.

Esse erano, infatti, regolate da uno *ius singularis* e, solo di rado, hanno manifestato difficoltà di natura finanziaria – patrimoniale.

Risale 1979 il primo arresto giurisprudenziale, per vero, rimasto per lungo tempo anche l'unico, in cui si è applicato il regime privatistico ordinario, con conseguente assoggettamento a procedure concorsuali, ad una società per azioni concessionaria di un pubblico servizio ed al cui azionariato partecipavano soci pubblici <sup>251</sup>.

Sono recentemente la questione è stata risolta, in numerose pronunce diversamente.

Il riferimento è, innanzitutto, alla sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 9 gennaio 2009: in essa si è affermata la non assoggettabilità a fallimento delle società in mano pubblica al ricorrere di determinate condizioni

<sup>252</sup>.

Nel dettaglio, era stato proposto ricorso di fallimento nei confronti di una società per azioni, a totale partecipazione pubblica, titolare del servizio di raccolta differenziata in ambito provinciale. Nel caso di specie, il Tribunale ha

---

figure. In particolare il Rapporto Assonime del settembre 2008, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, che in relazione alle società pubbliche “semi-amministrazioni”, distingue tra il modello delle società in house; le società alle quali sono attribuite funzioni pubbliche; le società deputate a svolgere servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative. Su tale distinzione, Fracanzani, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, relazione al convegno organizzato in Roma il 13 maggio 2009, da Assonime e dall'Università Luis “Guido Carli” di Roma su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>251</sup> Cfr. Cass. 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fallimento*, 1979, p. 593.

<sup>252</sup> Cfr. tale sentenza in *Fallimento*, 2009, pp. 713 ss.

osservato che “in ordine alla natura delle società di servizi a partecipazione pubblica si registra una evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali e dell’attività di tali società, a discapito degli aspetti formali e della veste giuridica assunta dalle stesse”. I passaggi salienti di questa evoluzione sono individuati nell’art. 1 del d.lgs. n. 165/2001, che fornisce la nozione di “amministrazioni pubbliche”, e nella Direttiva n. 80/723/CEE del 25 giugno 1980, che individua l’elemento caratterizzante dell’ “impresa pubblica” nell’influenza dominante dei pubblici poteri, prescindendo dalla natura giuridica, pubblica o privata, dell’ente.

Del resto, anche nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, precisa il Tribunale, si è affermata una siffatta nozione di “impresa pubblica”, fondata su requisiti di carattere 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, l’esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario.

Facendo applicazione di tali principi giurisprudenziali, il Tribunale di S. Maria Capua Vetere ha ritenuto che le 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, dovessero condurre al riconoscimento della natura pubblica del soggetto contro cui era stato proposto ricorso di fallimento, con

conseguente non assoggettabilità dello stesso alla normativa fallimentare in applicazione dell'art.1, comma 1, l. fall.

Il Tribunale di S. Maria Capua Vetere ribadisce tale orientamento in una sentenza successiva<sup>253</sup>, affermando che la società in mano pubblica, laddove ricorrano taluni elementi sintomatici, non è un soggetto di diritto privato, bensì un ente pubblico, per tale via riconducibile tra i soggetti esclusi dal fallimento ai sensi dell'art. 1 l. fall.

Gli elementi, la cui ricorrenza consente di procedere all'operazione di riqualificazione della società in mano pubblica, sono: a) lo svolgimento della maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico; b) la mancanza della vocazione commerciale; c) la limitazione dei poteri gestionali dell'organo amministrativo e la contestuale attribuzione all'ente pubblico di poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce al socio; d) la sottoposizione delle decisioni di maggior rilievo all'ente affidante.

Invero, mentre nel primo caso esaminato è stata ravvisata la ricorrenza in concreto degli elementi sintomatici, in quello in esame si è ritenuto che questi non ricorressero, sicché il principio di diritto coincide, ma la fattispecie in fatto era diversa.

Diversa, ma non radicalmente opposta, è la soluzione cui è addivenuta la Corte di Appello di Napoli <sup>254</sup>. In tale prospettiva, la natura pubblica di un ente

---

<sup>253</sup> Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 689 ss. In essa si dichiara l'insolvenza della società in mano pubblica che gestisce il servizio pubblico di trasporto nella provincia di Caserta.

<sup>254</sup> App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, pp. 689 ss.

sicuramente ricorre quando la relativa qualifica sia attribuita dal legislatore. Ebbene, “anche con riferimento alle cd. società in mano pubblica [...], strutturate pertanto come società di diritto privato e soggette alle disposizioni codicistiche relative, ivi compresa la assoggettabilità a fallimento, negli ultimi anni si è assistito ad una evoluzione giurisprudenziale, anche comunitaria, in connessione ad un mutamento del quadro normativo di riferimento, che ha portato ad accentuarne i profili pubblicistici, fino alla individuazione della nozione di organismo pubblico e di impresa pubblica”.

Secondo i giudici napoletani, tuttavia, il rilievo pubblico di alcune società strutturate in forma privatistica consente l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo alla ordinaria disciplina codicistica. Posto che, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica di esenzioni proprie degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate al fallimento, al pari delle altre società di diritto privato. La chiusura alla possibilità di esentare le società in mano pubblica dalla disciplina fallimentare non è, tuttavia, assoluta, perché la Corte di Appello di Napoli apre anche alla tesi più liberale, e si fa carico di verificare, in fatto, se sussistono nella fattispecie gli elementi che consentono di ricondurre un ente, strutturato in forma di società di capitali, tra quelli pubblici .

Questi elementi sono individuati nel carattere strumentale dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche, nell'esistenza di una

disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario e nell'utilizzo di risorse pubbliche nell'esercizio dell'impresa. Nel caso in esame, la verifica circa la ricorrenza dei suddetti indici sintomatici ha esito negativo e, pertanto, la Corte esclude che la società in oggetto possa essere qualificata come un soggetto pubblico<sup>255</sup>.

Non è chiaro se la sentenza vada ricondotta tra quelle che affermano la fallibilità delle società in mano pubblica (come sembra più ragionevole) o tra quelle che la negano, sia pure condizionatamente al ricorrere di taluni indici sintomatici che consentano di qualificare la società formalmente privata quale ente sostanzialmente pubblico.

Riconducibile a questa seconda categoria (pur tenendo conto della diversità della situazione in fatto) è il decreto della Corte di Appello di Torino, con cui, in riforma del provvedimento in senso contrario pronunciato dal Tribunale di Ivrea, è stato disposto l'assoggettamento alla procedura di amministrazione straordinaria di un consorzio costituito ai sensi dell'art. 31, d.lgs. n. 267/2000 tra enti pubblici <sup>256</sup>.

In particolare, i giudici utilizzano a contrario la tesi secondo cui la qualificazione di un soggetto quale pubblico o privato deve avvenire dando prevalenza alla sostanza sulla forma, per affermare l'assoggettabilità ad amministrazione straordinaria di un soggetto formalmente pubblico, ma

---

<sup>255</sup> Quello che resta non del tutto chiaro nella sentenza della Corte di Appello di Napoli è l'effettivo rilievo giuridico che i giudici di appello hanno attribuito a questo secondo argomento e, quindi, la sua idoneità a risolvere in modo decisivo la controversia, laddove fosse stata accertata la sussistenza in fatto degli indici sintomatici descritti. Cfr. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano 2011, pp. 332 ss.

<sup>256</sup> App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, pp. 689 ss.

sostanzialmente privato. Nelle motivazioni, inoltre, la Corte di Appello mostra esplicita adesione alla tesi secondo cui l'esclusione dal fallimento è soluzione imposta solo laddove il soggetto abbia carattere necessario per l'ente pubblico. Atteso che, nel caso in esame, tale requisito di necessità non è stato riscontrato, i giudici di appello non hanno individuato alcun ostacolo all'assoggettamento ad amministrazione straordinaria del consorzio.

L'orientamento tradizionale, secondo cui le società in mano pubblica sono assoggettabili alle procedure concorsuali, è stato, invece, ribadito da due recenti provvedimenti giurisprudenziali<sup>257</sup>. In esse i giudici hanno ritenuto che i vari indici sintomatici non consentissero di superare il dato formale della personalità giuridica di diritto privato, così imponendosi la dichiarazione di fallimento.

Diversamente, in un altro recente provvedimento, si è affermata espressamente la non assoggettabilità alle disposizioni sul fallimento di una società per azioni esercente il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani partecipata esclusivamente da enti pubblici e dotata di poteri di imposizione e di riscossione tipicamente pubblicistici<sup>258</sup>. I giudici hanno, inoltre, precisato che “alle stesse conclusioni deve pervenirsi seguendo un diverso metodo di analisi sostenuto in dottrina quale metodo sostanzialistico [...]”. Anche secondo tale approccio interpretativo, volto a verificare il dato effettivo degli interessi tutelati dal legislatore mediante la applicazione della disciplina pubblicistica o privatistica e, quindi, a valutare se, in vista di quella

---

<sup>257</sup> Trib. Palermo, 11 febbraio 2010. Trib. Velletri 8 marzo 2010.

<sup>258</sup> Trib. Catania, 26 marzo 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

tutela, sia coerente assoggettare la società a partecipazione pubblica all'una o all'altra disciplina, deve pervenirsi ad una conclusione di incompatibilità del fallimento delle società in mano pubblica necessarie con l'interesse pubblico alla continuità nella gestione del servizio [...]. Posto che il carattere della necessità è da individuarsi nel senso che la esistenza delle società in questione è considerata necessaria dall'ente territoriale, in quanto inerente allo svolgimento di servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi, deve concludersi nel senso della esclusione della applicabilità della disciplina privatistica delle procedure concorsuali ad A. s.p.a. cui è demandata, come si è visto, la gestione integrata del servizio pubblico essenziale di raccolta dei rifiuti urbani”.

Oggi, dunque, ci si interroga sulla possibilità di applicare analogicamente l'art. 1 l. fall.<sup>259</sup> alle società a partecipazione pubblica, in generale, ed in particolare a quelle incaricate dell'erogazione di servizi pubblici a livello locale<sup>260</sup>.

Sulla questione in esame si sono affermate due posizioni contrastanti volte ad affermare e a negare la soggezione a procedure concorsuali di tali società.

Nel dettaglio, nell'ambito della posizione che si esprime in senso positivo è possibile individuare due distinte correnti di pensiero.

---

<sup>259</sup> Similmente, l'art. 2221 c.c. prevede che “*Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali*”.

<sup>260</sup> In dottrina si precisa che l'applicazione analogica dell'art. 1 l. fall. dovrebbe presupporre una lacuna nell'ordinamento, sotto il profilo della necessità di tutela dell'interesse pubblico da garantire mediante l'esenzione dal fallimento, che, in base al quadro normativo vigente, non sembra sussistere. In questo senso Cfr. Fiorani, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. comm.* 2012, 04, pp. 532 ss.

## 2.1. *La tesi positiva del “metodo tipologico”*

L'indirizzo tipologico<sup>261</sup> condivide la tradizionale teoria degli indici sintomatici della pubblicità, secondo cui la qualificazione ai fini della disciplina applicabile, in senso privatistico o pubblicistico, di un ente, che formalmente sia definito società per azioni va operata case by case <sup>262</sup>.

In tale prospettiva, dunque, occorre dare prevalenza alla sostanza sulla forma e bisogna aver riguardo al carattere strumentale o meno dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche e all'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, al fine di verificare se ci si trovi dinanzi ad un caso di privatizzazione solo formale dell'esercizio di pubbliche funzioni, tale da sottrarre la società ad un inquadramento nella sfera del diritto privato<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009,

<sup>262</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 11, pp. 1186 ss., con nota di Cogliani-Giardino, *S.p.a. partecipate da soggetti pubblici: l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati*, pp. 1188 ss. e con nota di Goisis, *L'applicazione delle discipline pubblicistiche a una società per azioni in mano pubblica longa manus del socio dominante*, pp. 1195 ss. Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1992, p. 9. Galgano, *La società per azioni*, in *Trattato di dir. Comm. e dir. pubb. econ.*, diretto da Galgano, VII, Padova, 1998, pp. 453 e ss. Ferri, *Le società*, Torino, 1987, pp. 398 e ss. Ferrara, *Il Fallimento*, Milano, 1974, p. 121. Galgano, *Disposizioni generali. Dichiarazione di fallimento*, in Commentario Scialoja-Branca, *Legge fallimentare*, a cura di Briscola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1974, p. 90. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 88. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.*, 1958, I, p. 267. Cfr. Galgano, *Disposizioni generali*, cit., 90; *ex multis*. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1955, p. 138. Ragusa Maggiore, *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in *Le procedure concorsuali. Il Fallimento. Trattato*, I, diretto da Ragusa Maggiore, Costa, Torino, 1997, p. 217. In senso contrario cfr. Napolitano, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 822.

<sup>263</sup> Ebbene, aderendo a tale posizione, si è stabilito che una società risultante dalla trasformazione di preesistenti consorzi di gestione dei servizi locali sia dotata di natura sostanzialmente pubblica e, pertanto, non soggetta a fallimento, in ragione di consistenti limitazioni all'autonomia degli organi societari che derivano dall'introduzione di previsioni statutarie che ancorano l'operatività della disciplina societaria alla previa adozione di atti di normazione secondaria, del dato della esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, dell'ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi premananti direttamente dallo Stato, nonché dell'erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il

Si precisa che nell'ambito di tale posizione è possibile distinguere il metodo "tipologico" di impronta privatistica e quello di impronta pubblicistica. Il primo qualifica sempre le società in mano pubblica come soggetti di diritto privato ed ammette l'assoggettamento a fallimento anche di società che svolgono un servizio pubblico essenziale, per le quali l'eventuale apertura della procedura fallimentare rappresenterebbe un *vulnus* tanto all'interesse pubblico consistente nello svolgimento continuato e ininterrotto del servizio pubblico, quanto al principio di non ingerenza dell'autorità giudiziaria ordinaria nella cura del pubblico interesse. Il secondo, invece, in presenza di determinati indici sintomatici qualifica le società formalmente private quali soggetti pubblici, ritenendo esente dal fallimento anche le società in mano pubblica non necessarie, per le quali l'eventuale sentenza di fallimento non determinerebbe alcuna lesione dell'interesse pubblico.

## **2.2. La tesi positiva del "metodo funzionale"**

Secondo l'impostazione funzionale<sup>264</sup>, invece, la disciplina applicabile all'ente va individuata sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di

---

raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata. Cfr. Cons. St., 31 gennaio 2006, n. 308, in *Dir. giust.*, 2006, 11, p. 94.

<sup>264</sup> Cfr. App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fallimento* 6/2010. In dottrina, cfr. Napolitano, *Soggetti privati enti pubblici?*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, p. 823 ss., secondo cui, argomentando dalla frammentazione del concetto di ente pubblico, determinata dalla moltiplicazione delle figure soggettive deputate alla cura di interessi generali, ha suggerito di superare il punto di vista descrittivo, ossia di qualificazione in senso pubblicistico o privatistico dell'ente, in favore di un metodo fondato su argomenti sistematici e teleologici. In quest'ottica, andrebbe verificato volta per volta quali regole dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano applicabili a soggetti ordinati in forme privatistiche attraverso la valutazione in ciascun caso delle finalità perseguite e degli interessi protetti. La dottrina in esame ha individuato la *ratio* delle norme che sottraggono gli enti pubblici alle procedure concorsuali in un privilegio accordato a detti

diritto comune, dettata per le società di diritto privato, con le specifiche norme di settore dettate dal legislatore. Ne consegue, dunque, che rispetto alle società a partecipazione pubblica si dovrebbe procedere all'applicazione di disposizioni di diritto pubblico, qualora espressamente previste, e di diritto privato, in assenza di diverse previsioni, quando non vi sia ragione di derogare ad esse in considerazione degli interessi protetti <sup>265</sup>.

---

enti a garanzia di interessi pubblici, la cui rilevanza per l'ordinamento è tale da imporre la dedizione ad essi di un soggetto specificamente individuato e la continuità della sua attività. Pertanto, l'esenzione dal fallimento è stata prospettata non solo per i soggetti privati appositamente costituiti da enti pubblici o risultanti dalla trasformazione di precedenti organismi pubblici, ma anche per quei soggetti sicuramente privati, che abbiano assunto uno specifico incarico di cura di interessi pubblici (ad esempio, in forza di un titolo concessorio), in tutti i casi in cui questi ultimi non siano sostituibili da altro operatore o dall'amministrazione stessa, senza compromettere la continuità della funzione o del servizio pubblico. Cfr. Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur.comm.*, 2001, p. 484. Ibba, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, p. 19. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, Milano, 2002, pp. 75 ss. Oppo, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. civ.*, 2005, pp. 157 ss. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. Pubbl. e app.*, 2004, pp. 221 ss. Vedi, anche, con specifico riferimento al tema della fallibilità delle società in mano pubblica, SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, cit., 6 p. 13: "L'identificazione della regolamentazione applicabile non può essere frutto di un approccio assolutistico e generale". Vedi anche Sciuto, Spada, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle SpA* diretto da Colombo e Portale, Torino, 2004, p. 91. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle spa derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997, pp. 102 ss. CASSESE, *Tendenze e problemi di diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 909. RAMELLA, *Trattato del fallimento*, I, Milano, 1915, pp. 74 ss. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2009, p. 58. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 801 ss. ID., *La Patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 550. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, pp. 627 ss.

<sup>265</sup>Inoltre, si è sostenuta l'esenzione dal fallimento per gli enti pubblici, argomentando dall'esigenza di assicurare che questi possano erogare un servizio pubblico per la tutela di interessi generali, senza intromissioni dell'autorità giudiziaria, portatrice, attraverso l'applicazione della disciplina fallimentare, degli interessi del ceto creditorio. Con le parole della Corte (App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fallimento* 6/2010): "Con riferimento alla normativa concorsuale, si è così sottolineata la *ratio* della non fallibilità degli enti pubblici nella incompatibilità della procedura fallimentare, esecuzione generale (sull'intero patrimonio) e collettiva (dell'intero ceto creditorio) finalizzata alla sua tutela e pertanto interferente con l'ordinaria attività dell'ente pubblico, con sostituzione (in particolare, negli enti territoriali) degli organi della procedura medesima a quelli politici di gestione, comportante un'inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi eletti, con pregiudizio degli effetti di sequestro del debitore e di cessazione dell'attività di impresa

Pertanto, il *discrimen* tra enti che possono fallire e quelli non sottoponibili alle procedure concorsuali ai sensi dell'art. 1 l. fall., andrebbe ricercato nel carattere necessario della loro attività rispetto alla tutela di finalità pubblicistiche, piuttosto che nella loro natura pubblica o privata.

Il metodo “funzionale” o “sostanzialistico”, dunque, rinunciando alla pretesa di qualificazione della società a partecipazione pubblica, individua la concreta disciplina giuridica applicabile all'ente (privatistica o pubblicistica) sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune dettata per le società di diritto privato con le specifiche normative di settore dettate dal legislatore<sup>266</sup>.

---

(non rimediato dall'eventuale esercizio provvisorio, in quanto rispondente alla diversa finalità dell'interesse dei creditori) sulla continuativa e regolare esecuzione del servizio pubblico, rispondente alla realizzazione di interessi generali. Ma ove non si verifichi una lesione di tali interessi, appunto riconducibili al carattere necessario dell'attività dell'ente rispetto alla tutela di finalità pubbliche, nessuna preclusione sussiste all'applicazione delle disposizioni concorsuali all'ente. In dottrina si è sostenuto che, nel provvedimento citato, l'adesione alla teoria funzionale avviene comunque in parallelo all'utilizzo del più tradizionale ricorso agli indici sintomatici della natura pubblica”. Cfr. D'Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit. p. 694. D'Attorre, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., p. 719.

<sup>266</sup> Vedi D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., pp. 717 ss. Id., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, pp. 691 ss. Sembra condividere questa impostazione anche il decreto della Corte di Appello di Torino citato sopra, secondo cui: “Secondo un approccio interpretativo, di recente progressiva affermazione, ispirato ad un metodo, piuttosto che tipologico (ossia di qualificazione, sia pure secondo un criterio non formale, ma sostanziale, della natura giuridica dell'ente), di tipo funzionale (inteso all'individuazione della concreta disciplina applicabile all'ente, sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune, dettata per le società di diritto privato con le specifiche norme di settore dettate dal legislatore), comportante un'applicazione, per così dire, “a scacchi” di disposizioni di diritto pubblico, qualora espressamente previste e di diritto privato, qualora, in assenza di diverse previsioni, non vi sia ragione di deroga ad esse, in considerazione della natura degli interessi protetti (così, per la soggezione al diritto concorsuale di società di diritto privato, pure di rilevanza pubblica: App. Napoli, 15 luglio 2009; per la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia avente ad oggetto la revoca anticipata dell'incarico di direttore generale, cd. citymanager, di un Comune, per l'attrazione all'orbita dei poteri privati delle determinazioni in materia degli enti locali: Cass. sez. un. 12 giugno 2006, n. 13538, ord., in *Foro it.* 2006, I.3078), si è così fatto riferimento alla natura e qualità degli interessi tutelati, per una selezione discrezionale di compatibilità o meno della disciplina privatistica in una determinata materia”. Nello stesso senso, anche se in forma dubitativa, il citato decreto del Tribunale di Catania che fa espresso utilizzo del metodo

In tale prospettiva, quindi, il problema non è più quello di qualificare la società in mano pubblica come ente privato o ente pubblico, ma di stabilire se, nella specifica materia di riferimento, debba trovare applicazione la disciplina privatistica o quella pubblicistica. Ne consegue che la medesima società a partecipazione pubblica potrebbe essere contemporaneamente assoggettata alla disciplina pubblicistica per quanto riguarda taluni profili della propria attività di impresa ed alla disciplina privatistica per altri.

A sostegno della utilità dell'approccio "funzionale", è opportuno considerare che similmente il legislatore nazionale e comunitario, lungi dal definire o dal disciplinare in modo organico le società a partecipazione pubblica, si limita a individuare una serie di normative pubblicistiche che devono trovare applicazione anche per le società formalmente private, qualora ricorrano determinate condizioni.

Del resto, dall'analisi delle norme pubblicistiche applicabili alle società in mano pubblica appare evidente che le condizioni richieste per l'applicazione delle diverse normative non sono omogenee, con la conseguenza che talune società in mano pubblica saranno soggette all'applicazione di tutta la disciplina prevista, mentre ad altre sarà applicabile solo una parte di essa.

---

funzionale al fine di confermare la soluzione già raggiunta mediante il metodo tipologico circa l'esenzione dal fallimento di una società in mano pubblica.

L'applicazione della disciplina pubblicistica, in particolare, è imposta alle società formalmente private solo laddove ritenuta, dal legislatore o dalla giurisprudenza, necessaria per la tutela di interessi pubblici o collettivi<sup>267</sup>.

Il metodo “funzionale può essere applicato anche nell'affrontare il tema dell'assoggettamento alla procedura fallimentare.

Invero, in via preliminare, occorre sottolineare che la questione non possa essere esaminata in maniera unitaria per tutte le società in mano pubblica: infatti, ci sono società a partecipazione pubblica il cui fallimento non lede alcuno degli interessi pubblici selezionati e tutelati dall'art. 1 l. fall. e ci sono società per le quali tale lesione è in re ipsa.

Quest'ultima categoria, in particolare, è costituita da quelle società in mano pubblica che presentano il carattere della “necessità” nel senso che la loro esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale che vi intrattiene rapporti connessi a tale valutazione<sup>268</sup>.

La necessità è connessa allo svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi (si pensi al servizio

---

<sup>267</sup> Ad esempio, l'assoggettamento alla normativa degli appalti pubblici nei contratti stipulati con terzi è imposta dalla esigenza di evitare che l'uso della veste privatistica da parte dell'amministrazione pubblica possa costituire un agevole strumento per sciogliersi sia pur legittimamente, dai vincoli pubblicistici posti all'agire dell'ente pubblico, sostituendo la burocratica normativa pubblicistica con la più flessibile disciplina privatistica. Diversamente, il riconoscimento della giurisdizione ordinaria sulle controversie interne tra organi sociali (Cass., sez. un., 27 maggio 2008, n. 13638) si spiega con l'assenza dell'esigenza di tutela dell'interesse pubblico, il che fa venir meno ogni ragione per derogare alla disciplina di diritto comune.

<sup>268</sup> È significativo notare come la dottrina abbia ravvisato uno dei possibili indici rivelatori dell'ente pubblico nel suo “carattere necessario”, in mancanza di una puntuale qualificazione legislativa. Cfr. ROSSI, voce *Ente pubblico*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, pp. 20 ss.

di raccolta dei rifiuti, al servizio di trasporto pubblico, al servizio postale) che l'ente pubblico abbia affidato alla società<sup>269</sup>.

Tale carattere della società sussiste indipendentemente dalla circostanza che, salvo diversa previsione della legge istitutiva, lo scioglimento è disciplinato secondo le norme ordinarie dettate dal codice civile e può, quindi, essere conseguenza di una scelta volontaria della società attuata mediante delibera assembleare (art. 2484, comma 1, n. 6, c.c.). Quando l'intera partecipazione sociale o la maggioranza di essa è di titolarità dell'ente pubblico, la delibera assembleare di scioglimento rappresenta la manifestazione esterna del venir meno del carattere necessario della società per l'ente pubblico, ma fino a quando la delibera di scioglimento non vi sia stata, la società mantiene il suo carattere necessario.

Quando una società in mano pubblica riveste carattere necessario per l'ente territoriale in un determinato momento, si profila una oggettiva incompatibilità tra l'eventuale suo assoggettamento a procedura fallimentare e la tutela degli interessi pubblici<sup>270</sup>.

L'effetto immediato del fallimento è lo spossessamento del debitore e la cessazione dell'attività di impresa (art. 42 l. fall.). per vero, questa cessazione dell'attività di impresa, cui sarebbe soggetta la società in mano pubblica che svolge un pubblico servizio, pregiudica l'interesse pubblico all'esecuzione

---

<sup>269</sup> Si precisa che il carattere necessario è proprio non tanto del soggetto o ente che svolge il servizio pubblico, ma del medesimo<sup>269</sup>. Tuttavia, dal carattere necessario del servizio si può passare al carattere necessario, anche se in via temporanea, del soggetto che in quel momento ne è titolare, nel senso che l'ente territoriale ritiene essenziale l'esistenza e l'operatività del soggetto fino a quando non abbia provveduto alla sua sostituzione. Per il carattere necessario di tutti i munera pubblici, vedi GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pp. 123 ss.

<sup>270</sup> In questo senso vedi NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, cit., p. 823.

continuativa e regolare del servizio pubblico, senza che la possibilità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104 l. fall.) possa evitarlo, essendo questo un istituto volto alla tutela esclusiva dell'interesse dei creditori e non già di interessi pubblici.

Ancora, si osserva che per effetto della sentenza di fallimento, si determina l'attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di decidere in ordine all'eventuale prosecuzione dell'attività di impresa da parte della società (art. 104 l. fall.), nonché in ordine al possibile affidamento ai terzi, attraverso lo strumento dell'affitto di azienda, della stessa gestione del servizio pubblico essenziale (art. 104-bis l. fall.).

In tal modo, dunque, si verifica un'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, al controllo sul soggetto che è investito della funzione e alla sua sostituzione con un terzo soggetto, determinandosi una situazione di dubbia compatibilità con i principi costituzionali che regolano l'agire amministrativo e, in particolare, con la riserva in favore degli enti pubblici della titolarità delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost.<sup>271</sup>

Questa incompatibilità tra gli interessi pubblici e l'apertura di una procedura fallimentare non sussiste con riferimento alle società in mano pubblica che

---

<sup>271</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto, si rinvia a D'ATTORRE, *Gli enti di natura pubblica*, cit., pp. 122 ss. ID., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., pp. 720-721.

siano prive del descritto requisito della necessità, in quanto non svolgono un servizio pubblico essenziale.

In quest'ipotesi, infatti, la cessazione dell'attività d'impresa per effetto della sentenza di fallimento non sacrifica l'interesse pubblico all'esecuzione continuativa e regolare del servizio pubblico e non determina una traslazione in capo all'autorità giudiziaria ordinaria dei poteri decisori in ordine alla cura del pubblico interesse.

Il diverso rapporto che intercorre, nelle due categorie di società in mano pubblica, tra gli effetti della sentenza di fallimento e gli interessi pubblici dà conto del diverso modo in cui opera la causa di esclusione dal fallimento prevista dall'art. 1 l. fall. per gli enti pubblici .

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<sup>272</sup>.

---

<sup>272</sup> L'affermazione dell'esenzione da fallimento per le società in mano pubblica che svolgono servizi pubblici essenziali non deve scandalizzare se si pensa che anche l'UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), nelle sue raccomandazioni, riconosce la possibilità per le legislazioni nazionali di prevedere tale esclusione. Vedi Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law, 2004 (disponibile sul sito [www.uncitral.org/text/insolvency/2004](http://www.uncitral.org/text/insolvency/2004) Guide): “The need for exceptions to a general policy of inclusion of State owned enterprises in a general insolvency law may arise where the Government has adopted a policy of extending an explicit guarantee in respect of the liabilities of such enterprises, where the treatment of state enterprises is part of a change in macroeconomic policy, such as a large-scale privatization programme or where state-owned enterprises are involved in sensitive sectors of the economy, such as provision of key services or utilities (e.g. electricity and water). In these cases, independent legislation dealing with relevant issues, including insolvency, may, be warranted. The Guide does not address issues specifically relevant to that independent legislation”. Nelle Raccomandazioni (Recommendations 8-13) della stessa Guida si precisa che “Some state-owned enterprises, such as those involved in sensitive sectors of the economy, might also be excluded by the application of the insolvency law”.

Invece, le società in mano pubblica “non necessarie” rimangono soggette al fallimento, perché la procedura concorsuale non lede alcuno degli interessi pubblici tutelati<sup>273</sup>.

In senso opposto, invece, parte della dottrina ha sostenuto che l'esenzione dal fallimento determinerebbe la lesione degli interessi dei creditori e del debitore e che l'assoggettamento a fallimento della società in mano pubblica non causerebbe alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria in funzioni tipicamente amministrative, né imporrebbe l'interruzione nello svolgimento di un servizio pubblico essenziale<sup>274</sup>.

In dottrina si è sostenuto che sarebbe possibile impedire l'interruzione del servizio pubblico mediante l'esercizio provvisorio dell'impresa ai sensi dell'art. 104 l. fall. <sup>275</sup>. Per vero, secondo altra posizione, tale soluzione urterebbe contro la lettera e la ratio dell'istituto<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> Cfr. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano 2011, pp. 330 ss.

<sup>274</sup> In questo senso si esprimono Salvato, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, cit., p. 634. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit. p. 444. Contra cfr. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., p. 347, secondo cui l'interesse dei creditori a beneficiare del rimedio dell'esecuzione concorsuale è certamente meritevole di tutela, ma non assume carattere assoluto o inderogabile. L'assoggettamento del debitore ad una procedura fallimentare può rappresentare uno strumento per la migliore tutela dell'interesse dei suoi creditori (si pensi alla revocatoria fallimentare), ma questo cede il passo quando l'eventuale apertura della procedura concorsuale può pregiudicare altri interessi, altrettanto meritevoli di tutela. Inoltre, in una valutazione comparativa tra l'interesse privato dei creditori e l'interesse pubblico alla continuità nello svolgimento del servizio, prevale 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.

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.

<sup>275</sup> Cfr. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit. p. 448.

<sup>276</sup> Cfr. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., pp. 347 ss.

A sostegno di tale posizione, in particolare, si valorizza il dato secondo cui l'esercizio provvisorio può essere disposto solo se dall'interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori, e deve cessare in qualsiasi momento se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di proseguirlo; sicché l'esercizio provvisorio non può rappresentare lo strumento di tutela degli interessi pubblici legati alla continuazione dell'esercizio del pubblico servizio. Questo interesse, per quanto pubblico, è diverso dall'interesse privato dei creditori, che necessariamente prevale nel caso di contrasto.

Pertanto, il tribunale non potrebbe disporre l'esercizio provvisorio per tutelare l'interesse pubblico alla continuità nella prestazione del pubblico servizio laddove questo possa pregiudicare l'interesse dei creditori alla massimizzazione della loro percentuale di riparto.

Pertanto, un'interpretazione della norma che consentisse di disporre l'esercizio provvisorio anche quando ciò aggravi il passivo non sembra compatibile con il sistema concorsuale.

Similmente, la tesi secondo cui si dovrebbe impedire al curatore di poter procedere all'affitto dell'azienda o alla cessione in blocco della stessa, posto che la gestione del servizio deve ritornare all'ente pubblico <sup>277</sup>, anche se risponde all'esigenza di garantire la continuità del servizio, manca di un fondamento normativo nel sistema concorsuale. Infatti, l'ente pubblico conserva la facoltà, in presenza dei presupposti di legge, di revocare

---

<sup>277</sup> Cfr. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit. p. 448.

l'affidamento del servizio alla società fallita, ma fino a quando il servizio rimane di titolarità della medesima società, le norme concorsuali consentono agli organi della procedura di disporre il fitto o la cessione in blocco dell'azienda.

### **2.3. *La tesi negativa***

La tesi che sottrae al fallimento le società pubbliche, valorizza la natura pubblica delle stesse.

Tale ricostruzione, per vero, condivisa da una parte della giurisprudenza<sup>278</sup>, desta, secondo la dottrina<sup>279</sup>, alcune perplessità, relativamente all'accezione del requisito della necessità dell'ente, nonché con riguardo al richiamo alla categoria dei servizi pubblici essenziali.

Rispetto al requisito della necessità, si ritiene che fondando l'esenzione dal fallimento sul contenuto e sulle caratteristiche dell'attività esercitata si dovrebbe prospettare al di fuori di ogni previsione normativa l'esclusione dal fallimento anche per soggetti sicuramente privati<sup>280</sup> che erogano, ad esempio in forza di una concessione, un servizio pubblico.

In quest'ottica, al fine di non snaturare la previsione dell'art. 1 l. fall. fino a renderlo applicabile a soggetti che non siano pubblici, si è sostenuta l'opportunità di coniugare il dato funzionale della prestazione del servizio

---

<sup>278</sup> Cfr. App. Torino, 15 febbraio 2010, e nel decreto Trib. Catania, 26 marzo 2010.

<sup>279</sup> Cfr. Fiorani, *Società pubbliche e fallimento*, cit., pp. 532 ss.

<sup>280</sup> In tal senso si esprime Napolitano, *Soggetti privati enti pubblici?*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, p. 802.

pubblico con la necessaria presenza di indici soggettivi di pubblicità, quali ad esempio la partecipazione pubblica totalitaria la capitale sociale<sup>281</sup>.

Tuttavia, anche questa proposta è stata ritenuta suscettibile di determinare sperequazioni di mercato e violazioni delle regole della concorrenza <sup>282</sup>.

#### **2.4. *La tesi restrittiva***

Con riferimento, invece, alla scelta di restringere l'applicazione analogica dell'art. 1 l. fall. ai soggetti esercenti servizi pubblici essenziali, si è sostenuto che essa presuppone, in via preliminare, una definizione di servizio pubblico essenziale che, alla luce del dato normativo vigente, non appare agevole<sup>283</sup>, tanto più ove si consideri che la continuità dell'erogazione è un'esigenza tipica di ogni servizio pubblico e non solo, dunque, di quelli essenziali <sup>284</sup>.

Inoltre, non sembra sia ravvisabile un'incompatibilità ontologica fra erogazione di servizi pubblici essenziali e sottoposizione a fallimento, come dimostrerebbe la recente riforma della disciplina dell'amministrazione straordinaria contenuta nel d. l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito in l. 27 ottobre 2008, n. 166<sup>285</sup>.

Segnatamente, il d. l. 28 agosto 2008, n. 134 disciplina alcuni profili relativi alla sottoposizione ad amministrazione straordinaria (in particolare, art. 27, comma

---

<sup>281</sup> Cfr. D'Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit., p. 699.

<sup>282</sup> Cfr. Fimmanò, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in Fimmanò (A CURA DI), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano 2011, pp. 13 ss.

<sup>283</sup> Cfr. Salvato, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 635.

<sup>284</sup> Cfr. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed., Torino 2010, p. 238.

<sup>285</sup> Cfr. Salvato, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 636.

II, lett. b-bis, d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270) e a ristrutturazione industriale di grandi imprese insolventi (l. 18 febbraio 2004 n. 39) di imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, con riguardo all'apertura della procedura, al contenuto del programma e ai poteri del commissario in sede di liquidazione<sup>286</sup>.

I servizi pubblici essenziali cui fa riferimento la riforma sono stati identificati con quelli elencati all'art. 1, comma 2, della l. 12 giugno 1990, n. 146 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali<sup>287</sup>, anche se non sono mancate riserve rispetto ad una siffatta assimilazione, in ragione della diversità degli ambiti delle due discipline <sup>288</sup>.

Ancora, si è sostenuto che l'ambito di applicazione di un'ipotetica esenzione dal fallimento per le imprese esercenti un pubblico servizio sarebbe ristretto ai soli soggetti che non raggiungano le soglie dimensionali previste rispettivamente dal d. lgs. n. 270/1999 e dalla l. n. 39/2004<sup>289</sup>.

Una simile soluzione, oltre a confermare la legittimità della sottoposizione a fallimento di un'impresa che eroghi servizi pubblici essenziali, lascia, inoltre, dubitare della coerenza di un sistema di esenzione da procedure concorsuali fondato sul dato qualitativo dell'attività svolta, ma al contempo destinato ad

---

<sup>286</sup> Cfr. Gualandi, *Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese*, in *N. leggi civ.*, 5, 2009, p. 992. Lo Cascio, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento* 2008, 10, pp. 1115 ss. Lo Cascio, *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, in *Fallimento* 12/2008, pp. 1365 ss. Fabiani, Stanghellini, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 10/2008, pp. 1337 ss.

<sup>287</sup> Cfr. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, in Fauceglia-Panzani, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, II, Torino, Utet, 2009, p. 2084.

<sup>288</sup> Cfr. Beltrami, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.* 2009, n. 3, p. 603,

<sup>289</sup> Cfr. Fiorani, *Società pubbliche e fallimento*, cit., pp. 532 ss.

un'applicazione diversificata in ragione delle dimensioni dell'impresa esercente il pubblico servizio<sup>290</sup>.

### **2.5. Il metodo funzionale come metodo preferibile**

L'assoggettamento al fallimento di una società a partecipazione pubblica rappresenta uno strumento efficace per la migliore tutela degli interessi dei creditori del debitore insolvente. La tutela dei creditori, a sua volta, costituisce una forma indiretta di protezione di un interesse generale, quale è la difesa del credito e del risparmio, costituzionalmente tutelati.

Ancora, l'interruzione forzata dell'attività dell'imprenditore insolvente e la liquidazione concorsuale consentono di evitare il propagarsi del contagio dell'insolvenza e favoriscono una rapida riallocazione delle risorse economiche non utilmente utilizzate: sotto questo profilo, il fallimento costituisce un mezzo di tutela di un interesse economico generale, lato sensu riconducibile al principio di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 Cost.

Condividendo tali affermazioni, la scelta interpretativa di sottrarre determinate società in mano pubblica alla disciplina fallimentare va circoscritta entro limiti quanto più è possibile ristretti, perché essa incide sugli interessi coinvolti nella insolvenza dell'ente formalmente privato, ma sostanzialmente pubblico.

---

<sup>290</sup>Cfr. Fiorani, *Società pubbliche e fallimento*, cit., pp. 532 ss. Un quadro aggiornato è fornito da SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da BUONOCORE, IV, 10, Torino, 2009 e DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario*. Commentario diretto da Cottrino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009, pp. 873 ss.

Ciò significa che l'esclusione dal fallimento va limitata ai soli casi in cui essa sia strettamente funzionale alla tutela degli interessi pubblici, evitando indebite estensioni dell'area di esenzione<sup>291</sup>. Infatti, quando si propone l'esclusione dal fallimento di una società in mano pubblica, che non sia attualmente titolare di un servizio pubblico essenziale<sup>292</sup>, non si apporta un contributo effettivo alla tutela dell'interesse pubblico ma, contestualmente, si arreca un pregiudizio agli interessi dei creditori che trovano la loro primaria e naturale tutela nella previsione della disciplina concorsuale.

Per vero, il riconoscimento della maggiore utilità delle procedure concorsuali nella regolazione del dissesto è un principio immanente al nostro ordinamento: infatti, il legislatore anche quando riconosce la prevalenza di altri interessi rispetto a quelli dei creditori, fa fronte alla crisi dell'imprenditore attraverso procedure diverse dal fallimento, ma sempre caratterizzate dal principio della concorsualità (si pensi alla liquidazione coatta amministrativa o all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, anche nella sua variante maggiore prevista dalla Legge Marzano).

Il che accade anche per gli enti pubblici, che pur essendo esclusi dal fallimento, sono assoggettati ad una diversa procedura concorsuale (di regola, la liquidazione coatta amministrativa) laddove si tratti di "enti pubblici economici".

---

<sup>291</sup> Cfr. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., pp. 347 ss.

<sup>292</sup> Perché, ad es. ha subito la revoca dell'affidamento o sia in stato di liquidazione o svolga una normale attività commerciale.

Per le società in mano pubblica, invece, stante il principio di tipicità dettato dall'art. 2 l. fall. e l'assenza di una espressa previsione legislativa, è preclusa l'ammissione anche alla procedura di liquidazione coatta amministrativa. In tal caso dunque, l'alternativa è tra il fallimento o l'esecuzione individuale. Ciò significa che, in caso di esenzione da 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.

### ***3. La crisi delle società pubbliche che erogano servizi pubblici***

Con riferimento alle società partecipate dagli enti locali si sono manifestate ulteriori ragioni di perplessità, in ordine all'esenzione dal fallimento nei confronti di società per azioni che erogano un servizio pubblico locale.

In tale prospettiva, sarebbe dirimente ai fini di un'eventuale esenzione, non tanto il dato dell'erogazione del pubblico servizio, quanto quello della titolarità: non essendo la società titolare del servizio pubblico, la dichiarazione di fallimento dovrebbe, infatti, determinare il ritorno della relativa competenza all'ente territoriale di riferimento, che ne provvederà alla gestione in altra forma o con altra impresa<sup>293</sup>.

Inoltre, il secondo comma dell'art. 113 T.U.E.L. (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), prevede che gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, mentre, a norma del comma 28 dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011 n. 138

---

<sup>293</sup> Cfr. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, 3-4, p. 446. Similmente, OttavianO, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 245. In giurisprudenza, Trib. Patti, 6 marzo 2009.

convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011 n. 148, ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

Dal combinato disposto del citato art. 113 T.U.E.L. e dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011 n. 138, si ricava, dunque, la necessaria separazione fra l'attività di erogazione del servizio e la proprietà dei beni necessari alla gestione del medesimo.

In dottrina<sup>294</sup> si è sostenuto che i beni cui fanno riferimento gli articoli citati comprendono le reti, ossia le attrezzature diffuse e tra loro connesse su cui corre il prodotto dell'attività; gli impianti, ossia le strutture connesse, ma allocate in un unico luogo e non diffuse, destinate alla produzione del servizio e la categoria residuale delle dotazioni, la cui delimitazione appare più ardua, ma che si ritengono generalmente comprensive dei soli beni essenziali per la produzione del servizio, non inclusi nei due precedenti gruppi.

In tale prospettiva, dunque, non è chiaro perché si debba ricorrere all'esenzione dal fallimento dei gestori per garantire la continuità del servizio pubblico. Infatti, il fallimento del soggetto chiamato ad erogare il servizio opererà soltanto come causa di cessazione della gestione e non potrà avere ad oggetto le reti, le dotazioni e gli impianti destinati al servizio pubblico.

Ne consegue che sui beni immobili non potrà essere trascritta alla conservatoria dei registri immobiliari la sentenza di fallimento, risultando questi ultimi necessariamente di proprietà dell'ente pubblico o della società a

---

<sup>294</sup> Cfr. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 525. D'Antonio, *La gestione dei servizi di rilevanza economica, I servizi pubblici*, p. 135.

cui siano stati da quest'ultimo conferiti, mentre per gli impianti e le dotazioni mobili potrà trovare applicazione l'art. 87-*bis* l. fall., che prevede la possibilità di non inventariare il bene se risultino diritti reali o personali di terzi chiaramente riconoscibili <sup>295</sup>.

Ancora, nel fallimento del gestore non dovrebbero ritenersi compresi nemmeno i beni facenti parte delle reti, degli impianti e delle dotazioni che siano stati realizzati direttamente dall'erogatore del servizio: tali beni, definiti aggiuntivi e assimilati alle addizioni di cui agli artt. 975, 986, 1150 e 1593 c.c. andranno necessariamente retrocessi al nuovo gestore, il quale dovrà versare a quello uscente un indennizzo pari al valore originario degli stessi, nei soli casi in cui esso non sia stato interamente ammortizzato.

Pare, dunque, che in questi casi la continuità del servizio non sia garantita da specifiche discipline di privilegio operanti sul piano dell'attività del gestore: questa resta regolata, in assenza di specifiche deroghe, secondo l'ordinaria disciplina dell'impresa, salvo il particolare regime di indisponibilità – e, dunque, di sottrazione all'azione esecutiva dei creditori - che si applica ad alcuni beni necessariamente pubblici destinati all'erogazione di pubblici servizi<sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> Cfr. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, 3-4, p. 448.

<sup>296</sup> Cfr. Fiorani, *Società pubbliche e fallimento*, cit., pp. 532 ss.

## Conclusioni

Negli ultimi anni si sono susseguiti numerosi interventi sia legislativi che giurisprudenziali con riferimento alle società pubbliche.

Dall'analisi svolta appare evidente che è mancato un progetto unitario volto a disciplinare in modo organico la materia in esame: si è cercato, infatti, solo di porre rimedio agli specifici problemi che, di volta in volta, si sono posti, anche se numerose sono state le occasioni perse per fare chiarezza sull'argomento. Si pensi, ad esempio, al largo utilizzo da parte del legislatore delle cd. leggi provvedimento (e.g., caso Alitalia).

Sebbene parte della dottrina ritenga che l'attuale panorama normativo sia chiaro e delineato, a mio sommo avviso una tale conclusione non rischierebbe di essere il prodotto di una visione miope che tenda a ridurre ad unità anche elementi che tra loro si atteggiavano in maniera dicotomica.

Dall'analisi dell'exkursus giurisprudenziale e dottrinario appare evidente che non sia possibile delineare uno statuto minimo delle società pubbliche. Non appare, infatti, possibile identificare un corpus normativo che possa applicarsi a tutte le società pubbliche in tutte le branche del diritto: dal diritto amministrativo al diritto fallimentare, passando per il diritto societario ed il diritto tributario. Sembra possibile, tuttavia, identificare – in relazione a ciascuna branca del diritto – un corpus di norme applicabili a tutte le società pubbliche. La difficoltà di individuare un corpus unico per tutte le società pubbliche è anche conseguenza dell'assenza di una definizione univoca di "società pubblica". Essa, a seconda dei casi, dei momenti storici, del settore

giuridico di competenza, assume connotati e caratteristiche differenti. Nell'ambito fallimentare, per esempio, non è chiaro se una società, per essere considerata "pubblica" deve essere sia controllata da un ente pubblico sia svolgere una attività di interesse pubblico oppure basta soltanto il primo degli elementi citati. Probabilmente, però, nell'ambito fallimentare una corretta e puntuale qualificazione della fattispecie assume un rilievo minore rispetto agli altri settori giuridici dal momento che, alla luce dell'analisi svolta, sembra preferibile ritenere che le società pubbliche non possono essere assimilate agli enti pubblici e, come tali, essere sottratte all'applicazione delle norme contenute nella legge fallimentare. Secondo l'orientamento che si ritiene preferire, infatti, la mancata applicazione della normativa fallimentare alle società pubbliche non troverebbe un appiglio normativo in quanto nessuna norma prevede l'esclusione dal fallimento delle predette società e non sembra che ci siano i presupposti per l'applicazione dell'istituto dell'analogia. L'eventuale mancata applicazione delle norme fallimentari, inoltre, riconoscerebbe alle società pubbliche un ingiustificato vantaggio concorrenziale rispetto agli altri operatori commerciali presenti nel medesimo segmento di mercato. E' ovvio, infatti, che la possibilità di accumulare debiti senza il rischio di doverne pagare le conseguenze in termini di responsabilità (civile e penale) consente alle società pubbliche di poter assumere una condotta più aggressiva sul mercato, in spregio e danno delle norme –sia italiane sia comunitarie – poste a tutela della libera concorrenza.

Con tali conclusioni non si intende affatto sminuire o minimizzare l'esigenza "pubblica" di garantire continuità alle società controllate dallo Stato che svolgono un servizio pubblico. Probabilmente, però, una tale esigenza dovrebbe essere tutelata mediante una riorganizzazione dell'intero panorama normativo, compiendo scelte radicali quali, per esempio, riconoscendo uno speciale status agli enti che – sono controllate dallo Stato e - svolgono un servizio pubblico. Soluzione che sembra essere stata assunta dal legislatore americano che, di fatto, ha previsto una disciplina ad hoc per tutti gli "enti" che svolgono una funzione sociale (e.g., ospedali, autostrade, ponti, contee, etc.). Nel sistema americano gli enti che svolgono tali attività sono assoggettati alla Chapter 9 che esclude la liquidazione tra le modalità di risoluzione della crisi. In tale modo, dunque, si esclude ab origine la possibilità di interrompere il servizio "pubblico" erogato dall'ente, ed al contempo si prevede un sistema normativo idoneo a porre rimedio alla crisi.