

NUMERO 4 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FABRIZIO GUERRERA

Autonomia statutaria e tipologia delle società *in house*



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	664
ANTONINO CATAUDELLA	
<i>Il giudice e le nullità</i>	667
ENRICO SCODITTI	
<i>Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis</i>	685
FILIPPO PATRONI GRIFFI	
<i>Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura</i>	723
FEDERICO ROSELLI	
<i>Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?</i>	743
PAOLO SORDI	
<i>Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare</i>	763
FABRIZIO GUERRERA	
<i>Autonomia statutaria e tipologia delle società in house</i>	775
STEFANIA PACCHI	
<i>L'abuso del diritto nel concordato preventivo</i>	789
BRUNO INZITARI	
<i>Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei</i>	817
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il diritto e la vita. Le "spirituali conversazioni" tra Giuseppe Capograssi e Salvatore Satta</i>	833
UGO SALANITRO	
<i>Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita</i>	853
MASSIMO BASILE	
<i>Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?</i>	875
ANTONIO SCARPA	
<i>Il voto del condomino in conflitto di interessi</i>	913

Autonomia statutaria e tipologia delle società *in house*

Lo scritto affronta il tema della “specialità” delle società costituite per la gestione *in house* dei servizi pubblici, con particolare riguardo alla *governance* e al regime di responsabilità, analizzando le potenzialità e i limiti dell’autonomia statutaria rispetto alla tipologia della società *in house* affermatasi nel nostro ordinamento, sulla scorta della giurisprudenza interna e comunitaria. In questa prospettiva e nel tentativo di dare una risposta più solidamente fondata sul diritto positivo ai problemi sollevati dalla prassi, si analizza la riconducibilità di tale modello alla disciplina societaria comune dell’attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. c.c.).

775

The paper faces the issue of “specialty” of companies established for in-house management of public services, especially with regard to governance and the system of liability, analyzing the strengths and limitations of statutory autonomy with respect to typology of “in-house” company ruled by Italian law on the basis of domestic and community case-law. In this perspective and in attempt to give a solid solution based on positive statute regulation to the problems raised by the practice, it analyzes the application to this model of the corporate law concerning companies’ group (Management and coordination - artt. 2497 et seq. Italian Civil Code).

Sommario: 1. Il modello della società *in house* e il principio di tipicità delle società. – 2. Sostanza e struttura del “controllo analogo”. – 3. (*Segue*): subordinazione e responsabilità degli amministratori. – 4. La strutturazione del “controllo analogo” nelle società pluripartecipate. – 5. “Natura” e regime concorsuale della società *in house*.

1. - Il modello della società *in house* e il principio di tipicità delle società.

La società *in house* esercita un'attività economica che è configurata generalmente come una “impresa dimezzata”, svolta cioè al di fuori delle regole di mercato e priva di reale autonomia, essendo la società legata all'ente pubblico da un “rapporto di servizio” e sostanzialmente integrata nell'apparato della P.A.¹

Ciò determina una sorta di “mutazione genetica”, che riguarda, in realtà, tutti i suoi elementi fondamentali: (i) la struttura capitalistica è “ingessata” dal divieto di cessione di partecipazioni ai privati; (ii) lo scopo lucrativo è “disatteso” dai limiti e vincoli operativi imposti all'attività d'impresa; (iii) l'organizzazione è “manipolata” in funzione delle esigenze del sistema del c.d. controllo analogo. Ragion per cui la sua conciliabilità con i principi del diritto societario, e in particolare con la “tipologia” delle società di capitali resta in effetti – al di là dei riscontri positivi della prassi – tutta da verificare.

La dottrina commercialistica ha sottolineato da tempo che la maggiore rigidità del modello codicistico della s.p.a. la rende tutto sommato meno idonea, rispetto al tipo della s.r.l., ben più flessibile, a disciplinare questi aspetti peculiari della società *in house*². Tuttavia la realtà offre dati di segno

Relazione al Convegno “*Società in house e diritto dell'impresa*” tenutosi a Roma il 12 giugno 2014, organizzato dalla SNA-Scuola Nazionale dell'Amministrazione.

¹ Cfr. E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss.; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.; F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5600 ss.; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche fra vecchie e nuove regole*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.; R. CAVALLO PERIN, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.

² Cfr. C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss. F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 681 ss.; C. IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 571 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*

diverso; le società a partecipazione pubblica totalitaria costituite per la gestione di servizi dell'ente pubblico, anche in forma di s.p.a., sembrano proliferare, complice l'allentamento dei controlli omologatori sugli statuti societari, che ha permesso la diffusione di clausole derogatorie (o comunque fortemente disallineate) rispetto ai principi e alle regole caratterizzanti il "tipo" adottato.

Si allude – come si accennava – ai divieti "assoluti" di cessione (e, più in generale, di apertura) del capitale ai privati e alle clausole di personalizzazione o di serializzazione delle partecipazioni azionarie; ma anche alla connotazione in senso pubblicistico dell'interesse sociale in rapporto alla natura e finalità dell'attività esercitata (influenzate della missione dell'ente pubblico, del livello del servizio, del vincolo di economicità), che si traduce in una neutralizzazione "di fatto" dello schema casuale societario; infine, e soprattutto, all'assetto organizzativo della società *in house*, evolutosi ormai verso forme di totale "strumentalizzazione" della stessa rispetto all'apparato amministrativo dell'ente costituente o partecipante³.

In questa situazione, occorre verificare, innanzitutto, se il "principio di specialità" (riferito alla disciplina pubblicistica dell'attività economica organizzata in tale forma) possa costituire il "grimaldello" idoneo a forzare i limiti di elasticità dei tipi societari capitalistici, e in specie di quello azionario. Questa possibilità, invero, appare oggi molto dubbia alla luce del canone interpretativo fissato dall'art. 4, comma 13, d.l. n. 95 del 2012⁴,

in mano pubblica, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 42 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione "in house" dei servizi pubblici*, ivi, 59 ss.; F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011; P. BENAZZO, *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 17 ss.

³ E. LORIA, *Le società pubbliche dopo la legge 69/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 1164 ss.; F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali fra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23-bis*, in www.giustamm.it, 2009; I. RIZZO, *Affidamento in house e controllo analogo*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 1347 ss.; I. DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, 873 ss.; F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21 ss.; C. VOLPE, *La nuova normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.giustamm.it, 2013.

⁴ Si riporta la norma citata: «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali».

considerando, da un verso, la difficoltà di reperire una base legale per le deroghe alla disciplina codicistica, tanto più dopo l'abrogazione dell'art. 113, comma 5, TUEL, già riformulato dall'art. 14 d.l. n. 269 del 2003, in virtù dell'art. 12 d.P.R. n. 168 del 2010; dall'altro, la portata dell'introduzione di un riferimento espresso alla giurisprudenza della Corte di giustizia e alle direttive europee nell'art. 4, comma 8, d.l. n. 95 del 2012⁵, che non sembra peraltro potere refluire sulla disciplina societaria interna.

2. - Sostanza e struttura del “controllo analogo”.

Prescindendo qui dagli altri segnalati elementi di “atipicità” della società *in house*, conviene concentrarsi essenzialmente sul fenomeno del “controllo analogo”, che consiste nell'attribuzione all'ente pubblico partecipante del potere di fissare obiettivi e strategie imprenditoriali, di emanare direttive, di scegliere gli assetti organizzativi, di assumere decisioni gestionali rilevanti e di esercitare poteri straordinari di vigilanza e ispezione⁶: ciò *direttamente*, e quindi al di fuori dei canali istituzionali che regolano ordinariamente la partecipazione del socio alla società.

Ora, il controllo analogo, che assicura l'effettività del “rapporto di servizio” tra la società (e la sua organizzazione) e l'ente pubblico affidante, si può configurare da punto di vista civilistico come una strumentalizzazione totale della società *in house* alle “politiche” del soggetto controllante. Tale situazione oltrepassa le configurazioni usuali dell'eterodirezione, ma non è “ontologicamente” diversa da questa, nel senso che ne costituisce uno sviluppo⁷, in certo senso, estremo, pur senza contraddirne l'essenza.

Ciò si apprezza, innanzitutto, con riguardo alla pressoché totale cancellazione del principio di competenza gestionale “esclusiva” dell'organo am-

⁵ Si riporta la norma citata: «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*».

⁶ Altro problema è quello concernente l'applicabilità dell'art. 43, comma 2, TUEL sul diritto d'informazione dei consiglieri comunali sugli enti dipendenti dal Comune, che pone in discussione la sussistenza di un diritto alla riservatezza della società *in house* rispetto ai propri dati (e dei corrispondenti obblighi di riservatezza degli organi sociali).

⁷ In questo senso v. F. FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale*, in *Fall.*, 2013, 1296 ss.; sul tema v. pure, con diversa impostazione, R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Società*, 2013, 1326 ss.

ministrativo sancita dall'art. 2380-*bis* c.c. (peraltro già fortemente compressa nelle società “di gruppo”, secondo il diritto comune), cioè nella privazione della sua autonomia e indipendenza, al di sopra del livello della c.d. gestione corrente, nel rapporto con l'ente socio-affidante. Ma lo stesso può dirsi per quanto concerne la sovrapposizione dei controlli amministrativi di risultato (si pensi, per es., alla c.d. unità preposta al controllo strategico)⁸ al sistema di supervisione e controllo “interno” della società *in house*, come pure l'estensione alle società partecipate delle norme sulla revisione della spesa⁹. Ed anche la possibile e frequente – sebbene non più obbligatoria – coincidenza soggettiva tra funzionari pubblici e ammi-

⁸ Cfr. art. 147-*ter* TUEL (Controllo strategico): «1. Per verificare lo stato di attuazione dei programmi secondo le linee approvate dal Consiglio, l'ente locale con popolazione superiore a 100.000 abitanti in fase di prima applicazione, a 50.000 abitanti per il 2014 e a 15.000 abitanti a decorrere dal 2015 definisce, secondo la propria autonomia organizzativa, metodologie di controllo strategico finalizzate alla rilevazione dei risultati conseguiti rispetto agli obiettivi predefiniti, degli aspetti economico-finanziari connessi ai risultati ottenuti, dei tempi di realizzazione rispetto alle previsioni, delle procedure operative attuate confrontate con i progetti elaborati, della qualità dei servizi erogati e del grado di soddisfazione della domanda espressa, degli aspetti socio-economici. L'ente locale con popolazione superiore a 100.000 abitanti in fase di prima applicazione, a 50.000 abitanti per il 2014 e a 15.000 abitanti a decorrere dal 2015 può esercitare in forma associata la funzione di controllo strategico. – 2. L'unità preposta al controllo strategico, che è posta sotto la direzione del direttore generale, laddove previsto, o del segretario comunale negli enti in cui non è prevista la figura del direttore generale, elabora rapporti periodici, da sottoporre all'organo esecutivo e al consiglio per la successiva predisposizione di deliberazioni consiliari di ricognizione dei programmi» (articolo inserito dall'articolo 3, comma 1, lettera *d*), del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, come modificato dalla legge di conversione, del 7 dicembre 2012, n. 213).

⁹ Cfr. art. 2 d.l. n. 52 del 2012: «1. (...) Il Commissario svolge anche compiti di supervisione, monitoraggio e coordinamento dell'attività di approvvigionamento di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, anche in considerazione dei processi di razionalizzazione in atto, nonché, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, attività di ottimizzazione, in collaborazione con l'Agenzia del demanio, dell'utilizzazione degli immobili di proprietà pubblica, anche al fine di ridurre i canoni e i costi di gestione delle amministrazioni pubbliche. Il Commissario collabora altresì con il Ministro delegato per il programma di governo per l'attività di revisione della spesa delle pubbliche amministrazioni. – 2. Tra le amministrazioni pubbliche sono incluse tutte le amministrazioni, autorità, anche indipendenti, organismi, uffici, agenzie o soggetti pubblici comunemente denominati e gli enti locali, nonché le società a totale partecipazione pubblica diretta e indiretta e le società non quotate controllate da soggetti pubblici nonché, limitatamente alla spesa sanitaria, le amministrazioni regionali commissariate per la redazione e l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario. Alle società a totale partecipazione pubblica e alle loro controllate che gestiscono servizi di interesse generale su tutto il territorio nazionale la disciplina del presente decreto si applica solo qualora abbiano registrato perdite negli ultimi tre esercizi (...).

nistratori della società controllata¹⁰ evoca un parallelo molto significativo con il fenomeno dell'*interlocking directorate*, tipico dei gruppi societari.

A questo punto, apparendo insufficiente il riferimento al “principio di specialità”, il problema della strutturazione del sistema c.d. di controllo analogo nella società *in house*, si deve porre, innanzitutto, a livello statutario, cominciando dalle società a controllo pubblico totalitario e “singolare”.

Non sembra, all'evidenza, sufficiente a soddisfare il requisito del “controllo analogo” il metodo del mero “potenziamento” delle funzioni d'indirizzo dell'assemblea o dello stesso consiglio di sorveglianza (con l'attribuzione ad essi di compiti inerenti la pianificazione, gli assetti organizzativi, l'alta amministrazione, le operazioni strategiche, l'emanazione di direttive ecc.), considerati i limiti coesenziali al rapporto con l'organo amministrativo e al necessario rispetto della sua sfera di competenza “esclusiva”. Un sistema di autorizzazioni statutarie *ex art. 2364*, n. 5, c.c. e forse pure di deliberazioni *ex art. 2409-terdecies*, lett. *f-bis*) (ove la società adotti il sistema dualistico) non sarebbe, difatti, idoneo allo scopo, perché conserverebbe in capo ai gestori un margine di discrezionalità incompatibile con la chiesta situazione di “asservimento”. Si rende necessaria, perciò, la pre-

¹⁰ Cfr. art. 4 d.l. n. 95 del 2012 (modificato, da ultimo, dal d.l. n. 90 del 2014), comma 4: «Fatta salva la facoltà di nomina di un amministratore unico, i consigli di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato devono essere composti da non più di tre membri, ferme restando le disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39. A decorrere dal 1° gennaio 2015, il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori di tali società, ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche, non può superare l'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013. In virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, qualora siano nominati dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione, o della società controllante in caso di partecipazione indiretta o del titolare di poteri di indirizzo e di vigilanza, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al precedente periodo, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi all'amministrazione o alla società di appartenenza e, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio»; e comma 5: «Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge e fatta salva la facoltà di nomina di un amministratore unico, i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, devono essere composti da tre o da cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte. A tali società si applica quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo del comma 4».

visione di forme d'ingerenza e di vigilanza ben più stringenti da parte del socio unico e tali, in sostanza, da esautorare gli organi di amministrazione (e di controllo) della società partecipata, al di là di quanto possa ammettersi per una società "indipendente".

Orbene, mentre per le s.r.l., operando l'art. 2479 c.c., non sussistono limiti alla devoluzione (statutaria o "occasionale") ai soci delle competenze degli amministratori in materia di gestione dell'impresa, per le s.p.a. tale modulo organizzativo è ammissibile soltanto nel quadro dell'attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. c.c.). Questa può spingersi – in fatto – sino alla strumentalizzazione "totale" della società controllata e al suo asservimento all'ente o società "capogruppo", senza obliterarne – sul piano giuridico – l'autonomia soggettiva e organizzativa. A siffatto scopo, anzi, non conta tanto il *grado* di assoggettamento, quanto la *struttura formale* del rapporto di gruppo.

Per questa ragione, dovrebbero assumere rilievo, nell'ottica dell'art. 2497-septies c.c., tanto la conformazione statutaria della società controllata, quanto le altre possibili forme di "auto-regolamentazione negoziale" del gruppo, attraverso cui tale strumentalizzazione può realizzarsi. Lo statuto (della società *in house*), il contratto di "coordinamento gerarchico" (con l'ente controllante) e il c.d. regolamento di gruppo sembrano costituire, in altri termini, il luogo e lo strumento più appropriato per "formalizzare" e "disciplinare" questo rapporto di asservimento funzionale alla cura dell'interesse pubblico ¹¹.

La subordinazione gerarchica degli amministratori della società *in house* agli organi all'ente pubblico, comunemente predicata in dottrina e giurisprudenza, non è, dunque, affatto inconciliabile con l'autonomia soggettiva (*id est*: l'alterità) della società controllata, né postula la sua degradazione a mera forma di "separazione patrimoniale"; essa richiede, piuttosto, una *particolare regolamentazione organizzativa* del rapporto di eterodirezione.

¹¹ Sia consentito sull'argomento rinviare a F. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 1, 589 ss.

3. - (*Segue*): subordinazione e responsabilità degli amministratori.

Del resto, la gestione “in forma societaria” di un determinato servizio (o ramo di attività) da parte dell’ente pubblico implica, pur sempre, la possibilità di “disobbedienza” da parte degli amministratori (dinanzi a direttive o a intrusioni illegittime degli organi pubblici), mentre esclude la possibilità di un intervento “sostitutivo” dell’ente pubblico nella gestione aziendale e societaria. Gli amministratori (e il direttore generale) conservano, infatti, una pur limitata autonomia “esecutiva”, che vale anche come presidio insopprimibile dei loro doveri di protezione verso i creditori e delle loro indeclinabili responsabilità: presidio che la visuale *funzionalistica* della società *in house* non potrebbe comunque cancellare.

A questo punto, evidentemente, il tema dell’assetto organizzativo si collega con quello della responsabilità dei titolari degli organi di gestione e controllo della società *in house*. Deve rilevarsi, in proposito, che la responsabilità erariale degli amministratori per *mala gestio*, secondo il noto *revirement* di Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283¹², giammai potrebbe “assorbire” la responsabilità verso i creditori sociali *ex art. 2394 c.c.*, i cui diritti meritano una tutela certo non più debole di quella del patrimonio pubblico. Anzi, l’affermazione della giurisdizione contabile, in questa materia, crea un problema aggiuntivo molto serio, poiché la responsabilità erariale non è affatto coordinata legalmente con quella verso i creditori, a differenza della responsabilità verso la società *ex art. 2392 c.c.*

È facile osservare, infatti, che dall’art. 2392, comma 3, c.c. si può ricavare il principio per cui il fruttuoso esercizio dell’azione di responsabilità contro amministratori e sindaci, da parte della società, conseguendo l’obiettivo di reintegrare il patrimonio sociale (e, di riflesso, la garanzia generica che esso rappresenta per i creditori), impedisce l’azione diretta da parte di costoro. Laddove l’erogazione di un risarcimento “diretto” a favore dell’ente pubblico-socio, da parte dei gestori negligenti o infedeli della società pubblica, lascia evidentemente del tutto insoddisfatti gli interessi che fanno capo ai soggetti “esterni” ad essa.

¹² Cfr. F. FIMMANÒ, *Commento a Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283*, in *Società*, 2014, 61 ss.; M. ANDREIS, *Commento a Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 400 ss.

Da questo punto di vista, la situazione non cambia, ed anzi si complica, nel caso del fallimento della società a partecipazione pubblica, che attribuisce – com'è noto – all'organo della procedura concorsuale la legittimazione esclusiva a esercitare l'azione di responsabilità "a doppio titolo". Difatti, l'affermazione della responsabilità contabile di amministratori e sindaci della società *in house* – non potendo costoro essere ragionevolmente esposti a una duplice pretesa risarcitoria per gli stessi fatti dannosi – rischia di essere paralizzante per l'esperimento di altre iniziative a tutela dei creditori sociali, con conseguenze inaccettabili dal punto di vista costituzionale. Resterebbe ferma soltanto – il che riconduce, beninteso, all'inquadramento dell'*in house providing* nel fenomeno della gestione societaria di gruppo – la responsabilità (*risarcitoria*) da scorretta "direzione unitaria" dell'ente pubblico ai sensi dell'art. 2497 c.c. verso i creditori della controllata insolvente.

Tutt'altra prospettiva sarebbe, invece, quella di una responsabilità *patrimoniale* dell'ente controllante, fondata oggettivamente sulla posizione di dominio e commisurata alle perdite da "coprire" per tenere indenni i creditori. Il sistema normativo mostra, in effetti, dei segnali di evoluzione nel senso di un'amministrazione più "responsabile" delle partecipazioni nelle società controllate ¹³. Tuttavia siamo ben lontani da un consimile

¹³ I commi da 550 a 552 dell'art. 1 della Legge di Stabilità per il 2014 prevedono che qualora le aziende speciali, le istituzioni o le società presentino un risultato d'esercizio negativo, gli Enti locali soci sono obbligati ad accantonare nell'anno successivo, in apposito fondo vincolato, un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla loro quota di partecipazione. Per le sole società che svolgono servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresa la gestione dei rifiuti, si dovrà invece fare riferimento alla differenza tra valore e costi della produzione, così come definiti dall'art. 2425 del Codice Civile, evitando quindi di prendere in considerazione il risultato della gestione finanziaria, della gestione straordinaria e le imposte. In questo modo il legislatore ha favorito questa particolare tipologia di società, caratterizzata da oneri finanziari d'importo assai rilevante, dovuti al ricorso all'indebitamento per il finanziamento degli investimenti. Gli accantonamenti al fondo vincolato dovranno essere effettuati a decorrere dall'anno 2015, quindi con riferimento al risultato d'esercizio o al saldo finanziario dell'esercizio 2014. Inoltre, è previsto un meccanismo di accantonamento graduale crescente per il triennio 2015-2017, che andrà a pieno regime solo a partire dal 2018, opportunamente differenziato per le società che hanno registrato nel triennio 2011-13 un risultato medio negativo ovvero non negativo.

E v. pure l'art. 23, d.l. n. 66 del 2014: «1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, comma 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, il Commissario straordinario di cui all'articolo 49-bis del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98,

risultato, ove si consideri che la legge (art. 6, comma 19, d.l. n. 78 del 2010), nel perseguimento di una maggior efficienza delle società pubbliche e nel rispetto del principio della concorrenza nel mercato, vieta in generale alle amministrazioni pubbliche gli aumenti di capitale, i trasferimenti straordinari, la concessione di finanziamenti e di garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato consecutivamente perdite d'esercizio; e, soprattutto, che questa normativa è interpretata dalla giurisprudenza di controllo nel senso dell'imposizione di un divieto di soccorso finanziario agli organismi in stato di dissesto e di un freno agli interventi volti a coprirne le perdite strutturali, aventi un impatto negativo sui bilanci degli enti pubblici, idonei a comprometterne la sana gestione finanziaria¹⁴.

Orbene, finché, non si sarà compiutamente delineato e costruito un organico ed efficace apparato "speciale" di tutela dei terzi creditori della società *in house*, l'applicazione del regime civilistico "ordinario" della responsabilità degli organi sociali appare irrinunciabile. L'ente pubblico controllante, che abbia abusato del suo (più intenso) potere di direzione e coordinamento nella gestione (in senso lato) della società controllata, dovrà rispondere, pertanto, *in via diretta* verso i creditori sociali e *in solido* con gli amministratori e i sindaci, ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c. – e non *in alternativa* a (o in sostituzione di) questi – dei danni arrecati loro attraverso direttive illegittime e politiche irragionevoli, nel caso d'incapienza patrimoniale.

Anche sotto questo profilo, dunque, l'*in house providing* appare utilmente riconducibile al fenomeno dell'eterodirezione della società controllata, sicché è giustificato concludere nel senso che la conformazione statutaria

entro il 31 luglio 2014 predispone, anche ai fini di una loro valorizzazione industriale, un programma di razionalizzazione delle aziende speciali, delle istituzioni e delle società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni locali incluse nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, individuando in particolare specifiche misure: *a*) per la liquidazione o trasformazione per fusione o incorporazione degli organismi sopra indicati, in funzione delle dimensioni e degli ambiti ottimali per lo svolgimento delle rispettive attività; *b*) per l'efficientamento della loro gestione, anche attraverso la comparazione con altri operatori che operano a livello nazionale e internazionale; *c*) per la cessione di rami d'azienda o anche di personale ad altre società anche a capitale privato con il trasferimento di funzioni e attività di servizi».

¹⁴ Cfr. Corte dei Conti, sez. reg. contr. Puglia, delib. n. 141 del 30 luglio 2014; Corte dei Conti, sez. Autonomie, delib. n. 15 del 6 giugno 2014; Corte dei Conti, sez. reg. contr. Toscana, delib. n. 126 del 30 aprile 2013.

o, più in generale, l'autoregolamentazione della società *in house* come società "strumentale", ai sensi dell'art. 2497-*septies* c.c., rimanda allo statuto della società "dipendente" e all'applicazione della disciplina dei gruppi nel rapporto con l'ente controllante.

4. - La strutturazione del "controllo analogo" nelle società pluripartecipate.

Nelle società partecipate da più enti pubblici l'esercizio effettivo del potere di "controllo analogo" esige una funzione di coordinamento che viene sovente affidata dallo statuto ad appositi organi (assemblea dei sindaci, comitato di coordinamento, ecc.)¹⁵. Tuttavia la previsione statutaria di organi esterni o aggiuntivi, così come, del resto, la manipolazione degli organi interni (assemblea e consiglio di amministrazione) incontra dei limiti invalicabili nel principio di tipicità societaria (art. 2247 c.c.).

Ora, è certamente possibile prevedere e disciplinare, su base contrattuale (in accordi parasociali, convenzioni o regolamenti), delle forme di coordinamento appropriate nei rapporti tra gli enti partecipanti e con la società *in house*, ma non anche spingersi sino all'istituzione – con rilevanza esterna sul processo di produzione dell'azione collettiva – di organi "atipici". Ne consegue che le clausole statutarie che istituiscono nuovi organi chiamati a interagire con gli organi sociali dovrebbero ritenersi dotate di una valenza meramente "parasociale", e per meglio dire nulle per violazioni di norme inderogabili, fatta salva però la possibilità di "conversione" *ex art.* 1424 c.c. in patti parasociali.

Se così è, anche per le società pubbliche pluripartecipate, risulta possibile e utile l'inquadramento delle formule organizzative dell'*in house providing* nel fenomeno e nella disciplina dei "gruppi". Ci troveremmo, in particolare, dinanzi a una fattispecie di eterodirezione di società basata sul "controllo congiunto" degli enti soci-affidanti, che potrebbe giustificare una particolare autoregolamentazione *ex art.* 2497-*septies* c.c., attraverso patti parasociali, contratti di coordinamento o regolamenti, magari *rispecchiati*

¹⁵ G. MIRIAM, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1269 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione "in house"*, cit., 59 ss.

dallo statuto della società *in house*, che potrebbe sancire il dovere degli organi sociali di “tenere conto” di quanto deciso dall’organo di coordinamento dei soci pubblici.

Si osservi, in proposito, che lo strumento del patto parasociale appare utilizzabile per istituire un organismo di coordinamento non soltanto nelle s.r.l., ma anche nelle s.p.a., poiché il limite temporale di cinque anni potrebbe essere ben superato – nell’ottica della “gestione in comune” del servizio pubblico o dell’attività amministrativa – avvalendosi dell’essenziale di cui all’art. 2341-*bis*, ult. comma, c.c., secondo cui «le disposizioni di questo articolo non si applicano ai patti strumentali ad accordi di *collaborazione nella produzione* o nello scambio di beni o *servizi* e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all’accordo».

5. - “Natura” e regime concorsuale della società *in house*.

Nel c.d. diritto vivente l’*in house providing* si è venuto, quindi, a trasformare da mera formula organizzativa della gestione del servizio pubblico a strumento di vera e propria contaminazione del modello societario privatistico. Tuttavia, la ricostruzione dello “statuto” (nel senso di speciale regime) di tali società non può effettuarsi prescindendo dai principi fondamentali che regolano, sul piano generale, la disciplina dell’impresa organizzata in forma di società di capitali.

Lo stesso vale per la qualificazione giuridica della società *in house* da effettuarsi ai fini della disciplina della crisi e dell’insolvenza. La contrapposizione che oggi si registra nel dibattito in materia tra il metodo c.d. tipologico (privatistico o pubblicistico) e il metodo c.d. funzionale¹⁶ deve essere superata, infatti, nel segno dell’inderogabile applicazione, su base *soggettiva*, dello statuto dell’imprenditore commerciale. Allo stato, il sistema stesso della pubblicità commerciale non sembra consentire altre soluzioni compatibili con l’esigenza di affidamento dei terzi che entrano in

¹⁶ Cfr. L.E. FIORANI, *Società “pubbliche” e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 532 ss.; F. FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale*, in *Fall.*, 2013, 1296 ss.; L. PANZANI, *La fallibilità della società in mano pubblica*, in www.ifallimentarista.it, 18 dicembre 2013; M. D’ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fallimento*, 2014, 493 ss.; P. PIZZA, *Società a partecipazione pubblica, qualifica di imprenditore commerciale e procedure concorsuali*, in www.ifallimentarista.it, 30 aprile 2014.

contatto con le società di capitali, e ciò anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale incentrato sulla tutela dei creditori sociali e della concorrenza nel mercato ¹⁷.

La negazione dell'autonomia soggettiva e organizzativa della società *in house* operata discutibilmente dalle SS.UU. della Cassazione nella sentenza n. 26283 del 2010 ¹⁸ allo scopo di affermare la giurisdizione contabile (e di reagire così all'inerzia, spesso complice, dei soci pubblici nel promuovere le azioni di responsabilità contro gli organi sociali) non dovrebbe valere, cioè, come presupposto per la sua esenzione dagli artt. 2201 c.c. e l. fall. E in ogni caso, l'affermazione della responsabilità erariale non dovrebbe offuscare la necessità di tutelare *effettivamente* i creditori sociali con l'esperimento delle azioni di responsabilità nell'interesse della massa da parte dell'organo di gestione della procedura (peraltro, con importanti conseguenze sull'ente pubblico che abbia malamente esercitato il suo potere di etero-direzione, concorrendo di fatto nella commissione degli illeciti).

Non può condividersi, perciò, la recente deriva giurisprudenziale che valorizza la tesi della società come mera "separazione patrimoniale", al fine di ricavarne l'esenzione dalla disciplina del fallimento e del concordato ¹⁹.

¹⁷ Cfr. Cass. 27 settembre 2013, n. 22209: «In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità».

¹⁸ «La Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici».

¹⁹ Cfr. Trib. Verona, 19 dicembre 2013, nonché Trib. Napoli, 20 gennaio 2014, secondo cui: «La società *in house* non è un soggetto terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa, la quale ne dispone come di una propria articolazione interna. Ciò significa che la distinzione tra socio (ente pubblico partecipante) e società (*in house*) non si realizza in termini di alterità soggettiva, ma in termini di semplice separazione patrimoniale. Se è vero che *ex art. 1 l. fall.* gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società in house integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero

Né si può ammettere un'applicazione, per così dire, *dimezzata* dello statuto dell'imprenditore, volta cioè a consentire alla società *in house* (soltanto) il ricorso alle procedure di crisi, stante l'unità sistematica e l'inderogabilità della legislazione concorsuale.

Indubbiamente, l'importanza primaria (talora l'essenzialità) del servizio pubblico esercitato richiederebbe una disciplina concorsuale "speciale", in mancanza della quale, la *continuazione dell'attività* – se del caso, separata dalla sorte della società in crisi – deve essere assicurata con gli strumenti normativi attualmente disponibili (esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento, amministrazione straordinaria, concordato con continuità aziendale) e nei limiti in cui questi attualmente lo consentono.

L'auspicata introduzione di una nuova disciplina concorsuale "speciale" per le società di gestione *in house* dei servizi pubblici locali dovrebbe, peraltro, integrarsi e armonizzarsi con la normativa che ora impone, sia pure soltanto parzialmente e gradualmente, accantonamenti a copertura delle perdite delle società partecipate dagli enti pubblici. Questa costituisce, probabilmente, il primo tassello di un intervento normativo più ampio, destinato a ridisegnare le regole in materia di finanza pubblica, assunzione del rischio d'impresa e limitazione della responsabilità per le società partecipate.

patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni. Tale tesi prende le mosse da un recentissimo intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte, che permette di discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale che ritiene decisivo, ai fini dell'individuazione dei soggetti fallibili, il rilievo del tipo sociale attraverso cui è esercitata l'attività, e dunque sicuramente fallibile una società, pur integralmente partecipata da ente pubblico e costituita per la prestazione esclusiva di un servizio pubblico, *c.d. in house providing*, che però rivesta le forme della società regolate dal codice civile». E nello stesso senso v. pure Trib. Palermo, 8 gennaio 2013 e Trib. Palermo, 18 giugno 2013, in www.ilfallimentarista.it, 21 novembre 2013.